

**Zum Begriff des wesentlichen Wettbewerbs
im Sinne des Oligopolatbestandes unter
besonderer Berücksichtigung des Preisparameters**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Thomas Leuer
aus Münster

Münster 1984

**Zum Begriff des wesentlichen Wettbewerbs
im Sinne des Oligopoltatbestandes unter
besonderer Berücksichtigung des Preisparameters**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Thomas Leuer
aus Münster

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. Otto Sandrock

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. Dr. Rudolf Lukes

Dekan:

Prof. Dr. Jürgen Schmidt

Tag der mündlichen Prüfung:

5. Dezember 1984

	Seite
<u>Einleitung</u>	1
I. Entfaltung des Problemzusammenhangs	1
II. Zum Gang der Abhandlung	8
 <u>1. Kapitel: Der Wille des Gesetzgebers als Interpretationshilfe</u>	 13
I. Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte als Auslegungskriterium	13
1. Zum Stellenwert der historischen Interpretation im Kartellrecht	13
2. Die unterschiedliche Berufung auf die Gesetzesmaterialien	14
II. Der Stellenwert des Preiswettbewerbs bei der Verabschiedung des Oligopolstatbestandes von 1957	16
1. Das erstmalige Aufgreifen des Oligopolstatbestandes in den Änderungsvorschlägen des Bundesrates von 1954	16
2. Das Erfordernis eines "Zusammenwirkens" in der Stellungnahme der Bundesregierung	17
3. Die Kontroverse um eine objektive oder subjektive Fassung des Oligopolstatbestandes im Ausschuß für Wirtschaftspolitik sowie die endgültige Fassung	21
4. Zur Unmöglichkeit einer eindeutigen Bestimmung des gesetzgeberischen Willens	24
a) Die inhaltlich unbestimmte Ergänzungsfunktion des Oligopolstatbestandes gegenüber dem Kartellverbot	24
aa) Erfassung des "klassischen" Kartellvertrages sowie des Gentlemen Agreement	24
bb) Keine Erfassung der abgestimmten Verhaltensweisen	25

b)	Regelungsoffenheit bezüglich der faktischen Gleichpreisigkeit	26
c)	Keine Präzisierung des Oligopolstatbestandes im Konzept des "workable competition"	28
III.	Die Aussagefähigkeit der Novellierung des Oligopolstatbestandes von 1973	31
1.	Überblick über die wechselvolle Entstehungsgeschichte	31
a)	Von der Novellierung 1965 bis zu den Marktanteilsvermutungen in den Referentenentwürfen von 1970	31
b)	Die Gleichpreisigkeitsvermutung im Regierungsentwurf von 1971	33
c)	Die Rückkehr zur Marktanteilsvermutung in der endgültigen Fassung	35
2.	Aktueller Erfahrungshintergrund der konzeptionellen Wechselbewegungen	36
a)	Die Unsicherheiten der Gesetzgebungsorgane in der Einschätzung des abgestimmten Verhaltens sowie der faktischen Gleichpreisigkeit	36
b)	Marktanteilsvermutung und "Glaube" an eine extensive Interpretation des Kartellstatbestandes	37
c)	Die Teerfarbenentscheidung des BGH und die Lösungsvorschläge des BKartA (Verbot abgestimmten Verhaltens) und der Bundesregierung (Gleichpreisigkeitsvermutung)	38
d)	Die Rückkehr zur Marktanteilsvermutung in Reaktion auf die Teerfarben-Entscheidung des EuGH	46
3.	Unsicherheiten und Fehlvorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe	50
a)	Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht als legislatorisches Ziel versus inhaltliche Unbestimmtheit des Begriffes des wesentlichen Wettbewerbs	50
b)	Die Erweiterung des Kartellverbots um die (begrifflich ungeklärte) Koordinationsform des abgestimmten Verhaltens	52

c) Die zentrale Nachweisproblematik: faktische Gleichpreisigkeit oder abgestimmtes Verhalten	53
d) Der Motivirrtum bei der Rückkehr zur Marktanteilsvermutung infolge Fehleinschätzung der Teerfarben-Entscheidung des EuGH	54
e) Die unklare Reichweite selbst der Gleichpreisigkeitsvermutung sowie die Unbestimmtheit des wesentlichen Wettbewerbs als Fazit	57
4. Ergänzender Nachtrag: Die Mosaiktheorie und der alternative Tatbestand der überragenden Einzelmarktstellung (§ 22 Abs. 1 Nr. 2)	60
 <u>2. Kapitel: Die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs in der Literatur</u>	 63
 I. Strukturierende Vorbemerkungen	 63
1. Zur Notwendigkeit der Abgabe eines sinnfälligen Werturteils	63
2. Überblick über die Meinungsvielfalt in der Literatur	66
3. Repräsentanz sowie methodische Implikationen der originären Lösungsansätze	71
a) Wissenschaftliche "Unergiebigkeit" einiger Stimmen	71
b) Eigenständige Lösungen und Repräsentanz	72
 II. Die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs mittels der Marktformenlehre sowie einer näher umschriebenen Wettbewerbslage	 74
1. Die Ableitung des Rechtsbegriffs aus den wettbewerbs- und preistheoretischen Modellvorstellungen in bestimmten Marktformen (Sandrock)	74
a) Methodische Grundlegung und Entwicklung eines allgemeinen Wettbewerbsbegriffs	74
b) Wirtschaftswissenschaftliche und juristische Klassifikation des Oligopols	77
aa) Erkenntnisse der Marktformenlehre und wettbewerbspolitische Bewertung	77
bb) Juristische Konsequenzen	78

c)	Die These von der Gleichpreisigkeit als oligopolistischer Normalzustand - eine unzulässige Verallgemeinerung der Oligopoltheorie	79
d)	Der Oligopolbegriff - ein juristischer Zweckbegriff mit spezifischer Zielsetzung	82
2.	Der Begriff des Wettbewerbs und die "Realität des Wirtschaftslebens" (Knöpfle)	88
a)	Zur Reflektion der veränderten Wirklichkeit durch die Wissenschaft - Rückblick und Bestandsaufnahme	88
b)	Der Wettbewerb als Entmachtungsinstrument im Verhältnis zu den Marktpartnern sowie die Risiken einer Verhaltensänderung	93
c)	Bewertung des Oligopols unter besonderer Berücksichtigung des Preiswettbewerbs	97
d)	Fragwürdige methodische Fundierung des Wettbewerbsbegriffs	101
e)	Die rechtswidrige Auslegung des Begriffs "wesentlicher Wettbewerb"	105
f)	Negierung des Schutzzweckes des Oligopolbestandes	109
g)	Die Substitutionselastizität als praxisuntauglicher Indikator der Entmachtung	112
III.	Der wesentliche Wettbewerb im Kontext repräsentativer wettbewerbstheoretischer Konzeptionen	114
1.	Wettbewerb als Verbraucherschutz (Reich)	114
a)	Wirtschaftsrecht als Verbraucherrecht	114
b)	Verbraucherorientierte Wettbewerbskonzeption und Kartellrechtsnovelle von 1973	118
aa)	These: Die Einbeziehung des Verbraucherschutzgedankens in das Kartellrecht durch die Novelle von 1973	118
bb)	Konkrete Deduktion im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal "wesentlicher Wettbewerb"	120
c)	Das Konsumenteninteresse - ein unzulässiger kartellrechtlicher Auslegungsmaßstab	122

aa) Die unveränderte ordnungspolitische Konzeption des GWB	122
bb) Rechtspolitische Postulate statt rechtsdogmatisch zulässige Inter- pretation	127
2. Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen (Möschel)	130
a) Theoretische und rechtliche Fundierung	130
aa) Wettbewerbstheoretische Ebene	130
bb) Wettbewerbsrechtliche Ebene	133
b) Zur Frage des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22	137
aa) Normzweck der Mißbrauchsaufsicht und Systematik des Marktbeherrschungsbegriffs	137
bb) Die marktbeherrschende Stellung mehrerer Unternehmen (§ 22 II)	139
cc) Ablehnung der Parametertheorie im Rahmen des marktbeherrschenden Einzelunterneh- mens (§ 22 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2)	142
c) Die kritikable Ablehnung der Parametertheorie bei marktbeherrschenden Einzelunternehmen in- folge prinzipieller Bedenken gegenüber Markt- ergebniskontrollen	143
d) Die "widersprüchliche" Bestimmung des markt- beherrschenden Oligopols	151
3. Die Konzeption der Wettbewerbsfreiheit (system- theoretischer Ansatz)	155
a) Aktualität und methodologischer Ausgangspunkt	155
b) Zentrale Elemente der Markttheorie	158
aa) Wettbewerb als koordinierender, evolu- torischer und gesamtmärklicher Prozeß	158
bb) Eliminierung der ökonomischen Macht	160
cc) Keine Prärogative des Preiswettbewerbs	161
c) Das Dilemma: Die Unterscheidung zwischen prozessualen Monopolisten und restriktiven Monopolisten	163
d) Verleugnung des gesetzgeberischen Willens: Normadressaten sowie Schutzzweck der Miß- brauchsaufsicht	168

e) Zur "Systemwidrigkeit" der Mißbrauchsaufsicht und zur inhaltsleeren "systemkonformen Alternative"	173
 <u>3. Kapitel:</u> Die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs durch die Rechtsanwendungsorgane	177
 I. Verlautbarungen und Entscheidungen bis zu Beginn der 70er-Jahre	177
1. Der kartellamtliche Rückschluß von schlechten Marktergebnissen auf das Vorliegen einer Marktbeherrschung	177
a) Die ersten einschlägigen Bekundungen	177
b) Benzinpreis-Verfahren im Gefolge der Nahost-Krise 1967	179
c) Untersuchungen der Preise für Arzneimittel	181
2. Die unterschiedliche Beurteilung der Funktionsfähigkeit von (engen) Oligopolmärkten durch die Rechtsanwendungsorgane	183
a) Bewertung und Methoden des Kartellamtes	183
b) Das restriktive Vorverständnis des Kammergerichts	188
c) Die Auffassung des Bundesgerichtshofes	193
3. Die Schlüsselstellung des Kammergerichts und die Reaktion des Kartellamtes	195
a) Die zentrale Beurteilungskompetenz des Gerichts	195
b) Postulate und Reaktionen des Kartellamtes	196
 II. Preismißbrauchsverfahren und wesentlicher Wettbewerb	200
1. Rechtlicher und ökonomischer Hintergrund	200
a) Erweiterte Kompetenzen des Kartellamtes aufgrund der Novellierung des Marktbeherrschungstatbestandes vom 03.08.1973	200
b) Zur Problematik privat administrierter Preise auf Oligopolmärkten	202
c) Die Aktualität und Einschlägigkeit der Preismißbrauchsverfahren gegen die Mineralölwirtschaft und pharmazeutische Industrie	205

2. Preismißbrauchsverfahren gegen Mineralölgesellschaften anlässlich der Erdölkrise 1973/1974	208
a) Zur außergewöhnlichen Krisensituation	208
b) Kartellamtliches Verfahren gegen die führenden Mineralölgesellschaften	209
c) Vergaserkraftstoffverfahren gegen BP	211
3. Verfahren gegen Merck (Vitamin-B-12)	213
a) BKartA: Stillegung des Preises und Fehlen sonstiger Marktleistungen als Indikatoren einer marktbeherrschenden Einzelstellung trotz rückgängiger Marktanteile (§ 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. bzw. 1 Nr. 2)	213
b) KG: Stillegung des Preises als Indikator einer überragenden Marktstellung trotz (weiteren) Rückgangs des Marktanteils (§ 22 Abs. 1 Nr. 2)	216
c) BGH: Keine überragende Marktstellung mehr mit Rücksicht auf die in die Gesamtbetrachtung einzubeziehenden Wettbewerbsverhältnisse	218
4. Verfahren gegen Hoffmann-La Roche ("Valium-Librium")	220
a) Überblick über die verschiedenen Entscheidungsstationen	220
aa) Beschluß des BKartA vom 16. Oktober 1974	220
bb) Beschluß des KG vom 05. Januar 1976	222
cc) Beschluß des BGH vom 16. Dezember 1976	223
dd) Beschluß des KG vom 24. August 1978	224
ee) Beschluß des BGH vom 12. Gebruar 1980	225
ff) Methoden und Grenzen der Preismißbrauchsaufsicht	226
b) BKartA: Keine Kompensation einer großen Preisgestaltungsautonomie durch nichtpreisliche Aktionsparameter (§ 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt.)	229
c) KG - "Valium-Librium" I: Wesentlicher Wettbewerb nur bei einem "Gesamtbild der leistungsbezogenen Konkurrenz" (§ 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt.)	232
d) KG - "Valium-Librium" II: Unterschiedliche Interpretation des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 1 und Abs. 2	234

aa)	Marktbeherrschende Einzelposition nur bei nicht unerheblichem Vorsprung	234
bb)	Preisbildungsmacht einer Oligopolgruppe	237
aaa)	Intention: Schutz der Marktgegenseite vor überhöhten Preisen	237
cc)	Postulat: Gleichzeitiges Vorgehen gegen alle Oligopolisten	239
III.	Die Kriterien des wesentlichen Binnenwettbewerbs im Rahmen der Fusionskontrolle	241
1.	Von der Verhaltenskontrolle zu strukturellen Maßnahmen	241
a)	Von den Preiserhöhungskontrollen zur Bekämpfung (marktstrukturverschlechtender) Behinderungsmißbräuche	241
b)	Daten zur Fusionskontrolle von Oligopolunternehmen	250
aa)	Versagen der Regelung von 1973	250
bb)	Sachverhalt und wettbewerblicher Hintergrund der einschlägigen Verfahren	253
aaa)	Die Verfahren "Blei- und Silberhütte Braubach" (§ 22 Abs. 2, 3) und "Texaco-Zeressen" (§ 22 Abs. 2)	253
bbb)	Das Verfahren "Morris/Rothmans" gem. § 23 a Abs. 2	258
2.	Fusionskontrolle in Sachen "Blei- und Silberhütte Braubach"	261
a)	BKartA: der aktive Einsatz des Preisparameters - eine notwendige Voraussetzung wesentlichen Binnenwettbewerbs	261
b)	KG: Die oligopolistische Reaktionsverbundenheit als normativer Maßstab des schützenden Wettbewerbs	262
aa)	Keine spezifische Reaktionsverbundenheit der beiden Anbieter	262
bb)	Preisgleichheit bei homogenen Gütern kein zwingendes Indiz für das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs	263
cc)	Kein Gesamtbild hochgradiger Erstarrung der wettbewerblichen Antriebskräfte sowie kein (altruistisches) Gruppenbewußtsein	265

c) BGH: Die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse	267
aa) Die Möglichkeit wesentlichen Wettbewerbs trotz Nichteinsatzes einzelner Parameter	267
bb) Die Summierung untergeordneter Wettbewerbsformen sowie die Akzeptanz der tatrichterlichen Würdigung	268
3. Das Fusionsverfahren in Sachen "Texaco-Zerssen"	269
a) Der Nachweis des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs durch das BKartA	269
aa) Antikompetitive Struktur des Marktes für leichtes Heizöl (HEL)	269
bb) Unterstützung der aus den Strukturmerkmalen gezogenen Schlußfolgerungen durch das Verhalten der Gesellschaften	271
b) Die Bejahung wesentlichen Wettbewerbs durch das KG	272
aa) Kein zwingender Ausschluß eines wesentlichen Wettbewerbs durch die Strukturmerkmale	272
aaa) Zum Stellenwert der Marktstrukturdaten zum Marktverhalten	272
bbb) Die Möglichkeit wesentlichen Wettbewerbs bei strukturell eingeschränktem Verhaltensspielraum	274
ccc) Irrelevanz der Unternehmensdaten	275
bb) Wesentlicher Wettbewerb aufgrund der Analyse des Wettbewerbsverhaltens	276
aaa) Unterlassen von Preiswettbewerb, speziell von Preissenkungen - kein hinreichendes Indiz bei homogenen Produkten	276
bbb) Die konkrete Feststellung wesentlichen Preiswettbewerbs	278
c) Kein Nachweis eines Fehlens wesentlichen Wettbewerbs nach Ansicht des BGH	279
aa) Folgenlose Detailkritik sowie die Notwendigkeit einer Gesamtschau der strukturellen Wettbewerbsbedingungen und des tatsächlichen Wettbewerbsverhaltens	279
bb) Keine Verkennung des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs sowie der Bereich der tatrichterlichen Würdigung	281

4. Fusionsverfahren "Philip Morris/Rothmans"	282
a) BKartA: Keine Widerlegung der qualifizierten Marktbeherrschungsvermutung gemäß § 23a Abs. 2	282
aa) Kein zu erwartender wesentlicher Wettbewerb aufgrund marktstruktureller Gegebenheiten	282
bb) Gesamtbetrachtung, begrenzter Preisspielraum und Irrelevanz der Imagewerbung	284
b) KG: Kein Bild funktionsfähigen Wettbewerbs	285
aa) Keine Einengung der Preisspielraums der führenden Zigarettenhersteller	285
bb) Irrelevanz des Marken- und Werbungswettbewerbs sowie der Marktanteilsschwankungen	287
 4. Kapitel: Methodische Gesamtschau	 289
I. Begrenzte Aussagekraft der traditionellen Auslegungsmethoden und Hypothesen	289
1. Gesetzliche Definition des marktbeherrschenden Oligopols	289
2. Zweifelsfragen und Interpretationsspielräume	291
3. Hypothesen zu den allgemeinen Wertungsgrundlagen	298
II. Rechtsstaatsprinzipien und allgemeines Vorverständnis	302
1. Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips	302
a) Anforderungen an den Gesetzgeber	302
b) Auslegung des Oligopolsbegriffs und Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Vorbehalt des Gesetzes)	305
2. Die Koinzidenz von oligopolistischem Vorverständnis und rechtsstaatlichen Anforderungen in der Literatur	313
a) Die "Realität des Wirtschaftslebens" und verfassungsrechtliche Bedenken (Knöpfe)	313
b) Die Negierung ökonomischer Macht sowie das klassische (liberale) Rechtsstaatsmodell der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit (Hoppmann, von Hayek)	315

c) Die Konzeption des oligopolistischen Gefährdungstatbestandes, das differenzierte (funktionale) Methodenverständnis sowie das "moderate" Rechtsstaatsverständnis der Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen	320
d) Die Dysfunktionalität des Marktsystems sowie das Sozialstaatsprinzip als (gesetzserweiternder) Interpretationsmaßstab (Reich)	325
3. Das unterschiedliche Methodenverständnis der Rechtsanwendungsorgane	329
a) Die "gestaltende" Rechtsanwendung des Kartellamtes	329
b) Die "behutsame" Rechtsanwendung des KG	333
III. Ausblick	341

Literaturverzeichnis

- | | |
|----------------|--|
| Abbot, L. | Qualität und Wettbewerb, (deutsche Übersetzung) München und Berlin 1958 |
| Albach, H. | Als-ob-Konzept und zeitlicher Vergleichsmarkt, Tübingen 1976 |
| ders. | Zur Messung von Marktmacht und ihres Mißbrauchs,
in: WuW 1978, S. 537 ff. |
| Albers | Rede des Abg. Albers im Bundestag am 14.6.1973,
in: WuW 1973, S. 599 ff. |
| Arndt, H. | Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, Berlin 1952 |
| Autenrieth, H. | Die Erfassung von Oligopolatbeständen in der Fusionskontrolle,
in: WRP 1983, S. 256 ff. |
| Axster, H. | Das Oligopol im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
in: DB 1957, S. 937 ff. |
| Axster, O. | Das Verbot des "aufeinander abgestimmten Verhaltens" in § 25 Abs. 1 der Zweiten Novelle des GWB,
in: WuW 1973, S. 605 ff. |
| Bartling, H. | Leitbilder der Wettbewerbspolitik, München 1980 |
| Baur, J.F. | Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972 |
| ders. | Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb",
in: ZHR 134 (1970), S. 97 ff. |
| ders. | Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der Zweiten Novelle zum GWB,
in: BB 1973, S. 195 ff. |

- Bechtold, R. Anmerkung zum Beschluß des KG vom 2.7.82 "Texaco-Zerssen", in: DB 1982, S. 1816 f.
- Beise, K. Der Oligopolmißbrauch des § 22 Absatz 2 iVm Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf dem beherrschten Markt, Dissertation, Mainz 1965
- Belke, R. Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellrechtsnovelle 1973, in: ZHR 138 (1974), S. 227 ff.
- Benisch, W. Anmerkung zum Valium-I-Beschluß des Kammergerichts vom 16.12.1976, in: GRUR 1977, S. 257 f.
- ders. Die Mißbrauchsverfolgung marktbeherrschender Unternehmen durch Kartellbehörden und Gerichte, in: DB 1972, S. 173 ff.
- Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu § 16 KartAG, Bericht des Abgeordneten Hoffmann
- Bernotat, W. Fusionskontrolle bei Oligopolen unter Berücksichtigung des Oligopolstatbestandes § 23 a Abs. 2 GWB, in: WuW 1980, S. 713 ff.
- Blume, O./Müller, G./Röper, B. Werbung für Markenartikel, Göttingen 1976
- Büttner, S. Kartellvertrag und Kartellverhalten, in: WuW 1971, S. 690 ff.
- Bundesanzeiger (BANz) Nr. 42 vom 3.3.1970
Gutachten vom 6.2.1970 über die Einführung einer Fusionskontrolle
- Bundesanzeiger Nr. 107 vom 15.6.1971
= WuW 1971, S. 910

Bundesgesetzblatt (BGBl.)	I, S. 1965
Bundesgesetzblatt	I, S. 917
Bundeskartellamt	Presseinformation vom 4.2.1971, in: WuW 1971, S. 179
Bundeskartellamt	Presseinformation vom 29.4.1974, in: WuW 1974, S. 398 ff.
Bundeskartellamt	Preseinformation vom 19.3., 4.4.1974, in: WuW 1974, S. 323 ff.
Bundeskartellamt	Tätigkeitsbericht 1963, BT-Drucks. IV/2370; Tätigkeitsbericht 1964, BT-Drucks. IV/3752; Tätigkeitsbericht 1965, BT-Drucks. V/530; Tätigkeitsbericht 1966, BT-Drucks. V/1950; Tätigkeitsbericht 1967, BT-Drucks. V/2841; Tätigkeitsbericht 1968, BT-Drucks. V/4236; Tätigkeitsbericht 1969, BT-Drucks. VI/950; Tätigkeitsbericht 1970, BT-Drucks. VI/2380; Tätigkeitsbericht 1971, BT-Drucks. VI/3570; Tätigkeitsbericht 1972, BT-Drucks. 7/986; Tätigkeitsbericht 1973, BT-Drucks. 7/2250; Tätigkeitsbericht 1974, BT-Drucks. 7/3791; Tätigkeitsbericht 1976, BT-Drucks. 8/704; Tätigkeitsbericht 1977, BT-Drucks. 8/1925; Tätigkeitsbericht 1978, BT-Drucks. 8/2980; Tätigkeitsbericht 1979/80, BT-Drucks. 9/565; Tätigkeitsbericht 1981/82, BT-Drucks.
Bundesminister der Wirtschaft	BMWi I B 5 - 221353 vom 20.3.1970

- Bundesminister der Wirtschaft BMWi I B 5 - 221352 vom 28.10.1970
- Bundesminister der Wirtschaft und Finanzen BMWi und Finanzen WI I B 5 - 221353 vom 19.5.1971
- Bundesregierung Konzentrationsenquete 1964,
Bundestagsdrucksachen I/3462
II/1158
II/3644
IV/ 617
IV/2320
IV/2337
IV/2564
IV/3533
V/1950
V/2841
VI/2380
VI/2520
VI/2620
VI/2724
7/ 76
7/ 696
7/ 765
7/4181
7/5390
8/2136
8/3690
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) Presseinformation vom 8.2.1971,
in: WuW 1971, S. 180 f.
- Clark, J.M. Competition as a Dynamic Process,
Washington D.C. 1961
- ders. Zum Begriff eines funktionsfähigen
Wettbewerbs,
in: Herdizine, K. (Hrsg.) Wettbewerbs-
theorie, Köln 1975, S. 143 ff.
- Cox, H./Jens, U./
Markert, K. (Hrsg.) Handbuch des Wettbewerbs, München 1981
- Crezelius Tendenzen der Rechtsfortbildung im
Steuerrecht,
in: BB 1984, S. 1377 ff.
- Deringer, A./Tessin, C. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom
17.12.1970 "Teerfarben",
in: NJW 1971, S. 524 f.

- Dichtl, E. (Hrsg.) Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Berlin 1975
- Emmerich, V. Kartellrecht, 3. Aufl., München 1979
- ders. Anmerkung zum BGH-Beschluß in Sachen Vitamin-B-12, in: JuS 1977, S. 123 f.
- ders. Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, insbesondere das Problem der staatlichen Versorgungsmonopole, Frankfurt 1971
- Eucken, W. Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern/Tübingen 1952
- Ewald, H. Uneingeschränkte Mißbrauchsaufsicht über die Preisgestaltung eines marktbeherrschenden Unternehmens nach § 22 Abs. 1 GWB, in: WRP 1976, S. 205 ff.
- Fikentscher, W. Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB, in: WuW 1961, S. 788 ff.
- Fischer, R. Der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 22 GWB) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: ZGR 1978, S. 235 ff.
- Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 30.11.1972
- Gabriel, S.L. "Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" unter wettbewerbspolitischen Aspekt, in: WuW 1961, S. 802 ff.
- ders. Mißbrauch wirtschaftlicher Macht, Kriterien, Verfahren, Maßnahmen, in: WuW 1968, S. 581 ff.

- Gabriel, S.L. Preiskontrolle im Rahmen der Wettbewerbspolitik, Kriterien und Kompetenzen (in der Reihe: Verträge und Aufsätze, Walter-Eucken-Institut, Nr. 60), Tübingen 1976
- ders. Preismißbrauchsaufsicht, Versuch einer Zwischenbilanz, in: Wettbewerb im Wandel, Festschrift für E. Günther, hrsg. von H. Gutzler, W. Herion, J.H. Kaiser, Baden-Baden 1976, S. 263 ff.
- ders. Preise und Wettbewerb, in: MA 1964, S. 627 ff.
- ders. Preise und Wettbewerb, in: MA 1965, S. 435 ff.
- ders. Wesentlicher Wettbewerb und "mißbräuchliche" Preise, in: BB 1974, S. 1405 ff.
- Gemeinschaftskommentar hrsg. von Müller-Henneberg, H. und Schwartz, G., 1. Aufl., Köln/Berlin 1958
- Gemeinschaftskommentar hrsg. von Müller-Henneberg, H. und Schwartz, G., 3. Aufl., Köln 1973
- Gillmann Prosperität in der Krise, Frankfurt/Main 1968
- Glismann, H.H./Seusing, E. Probleme internationaler Preisvergleiche - pharmazeutische Produktion, in: Die Weltwirtschaft 1975, S. 176 ff.
- Gotthold, J. Kritische Anmerkungen zum heutigen neoliberalen Konzept von Wettbewerbsfreiheit und Fusionsverbot, in: WRP 1974, S. 602 ff.
- ders. Probleme der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: WRP 1975, S. 93 ff.

- Gotthold, J. Zur verfassungsrechtlichen Diskussion der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: WRP 1978, S. 601 ff.
- ders. Neuere Entwicklung der Wettbewerbstheorie. Kritische Anmerkungen zur neoliberalen Theorie der Wettbewerbspolitik, in: ZHR 145 (1981), S. 286 ff.
- ders. Nochmals: Kritische Bemerkungen zur neoliberalen Theorie der Wettbewerbspolitik, in: ZHR 146 (1982), S. 55 ff.
- Graf, H.-G. Nicht-nomologische Theorie bei komplexen Sachverhalten, in: ORDO XXVI (1975), S. 298 ff.
- Gross, J. Neues Wirtschaftsdenken. Erfolg durch Marketing, Düsseldorf 1967
- Günther, E. Die geistigen Grundlagen des sogenannten Josten-Entwurfs, in: Sauermann, Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 183 ff.
- ders. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des GWB, in: Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft (Festschrift für Günther Hartmann) Köln 1976, S. 123 ff.
- ders. 10 Jahre Bundeskartellamt; Rückblick und Ausblick, in: 10 Jahre Bundeskartellamt, Köln u.a. 1968, S. 11 ff.
- ders. Probleme der Fusionskontrolle, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1970, FIW-Schriftenreihe, Heft 52, Köln u.a., S. 17 ff.
- ders. Der Verbraucher und die Wettbewerbspolitik, in: WuW 1972, S. 427 ff.

- Günther, E./Petry Verbraucherpolitik in der Marktwirtschaft, 1973
- Hamm, W. Inflationsbekämpfung durch Wettbewerbspolitik
in: Gutzler u.a. (Hrsg.) Wettbewerb im Wandel, Festschrift für Eberhard Günther, Baden-Baden 1976, S. 89 ff.
- Hansen, K. Zur Unterscheidung von bewußtem Parallelverhalten und abgestimmten Verhaltensweisen in der kartellrechtlichen Praxis,
in: ZHR 136 (1972), S. 52 ff.
- Harms, W. Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1968
- ders. Fusionskontrolle: Praxis, Novellierung und kritische Würdigung,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, FIW-Schriftenreihe, Heft 81, Köln u.a. 1978, S. 43 ff.
- ders. Fehlentwicklungen der Wettbewerbspolitik gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1981/82, FIW-Schriftenreihe, Heft 103, Köln u.a. 1983, S. 95 ff.
- ders. Was ist ein marktbeherrschendes Oligopol?
in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1980/81, FIW-Schriftenreihe, Heft 100, Köln u.a. 1982, S. 11 ff.
- Hart, D./Joerges, Chr. Verbraucherrecht und Marktökonomie: Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik,
in: Assmann-Bruggemeier-Hart-Joerges (Hrsg.), Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königstein/Ts 1980, S. 83 ff.
- v. Hayek, A.F. Die Anmaßung von Wissen,
in: ORDO 26 (1975), S. 12 ff.

- v. Hayek, A.F. Die Theorie komplexer Phänomene, Tübingen 1972
- ders. Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Salzburg 1976
- ders. Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze, Tübingen 1969
- Hefermehl, W. Risikobeschränkung durch abgestimmte Verhaltensweisen, in: BB 1972, S. 1469 ff.
- Helmrich, H. Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz, in: WRP 1980, S. 305 ff.
- Herdzina, K. (Hrsg.) Wettbewerbstheorie, Köln 1975
- Hermanns, F. Der Wettbewerbsbegriff in der Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes, in: 10 Jahre Kartellgesetz 1958-1968, Bergisch-Gladbach 1968, S. 258 ff.
- ders. Mißbrauchsaufsicht über Preise im System des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: WRP 1977, S. 757 ff.
- Heuss, E. Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik des Oligopols, in: Herdzina, K. (Hrsg.), Wettbewerbstheorie, Köln 1975, S. 325 ff.
- ders. Allgemeine Markttheorie, Tübingen/Zürich 1965
- ders. Aufeinander abgestimmtes Verhalten - Sackgasse und Ausweg, in: WuW 1974, S. 369 ff.
- ders. Ökonomische und logische Bemerkungen zur Teerfarben-Entscheidung des BGH, in: NJW 1972, S. 11 f.

- Hoppmann, E. Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität,
in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 179, S. 286 ff.
- ders. Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs,
in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 484/485, Tübingen 1978
- ders. Fusionskontrolle, Tübingen 1972
- ders. Marktmacht und Wettbewerb,
in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 471, Tübingen 1977
- ders. Das Konzept ist eine Fehlkonstruktion,
in: Wirtschaftswoche, Heft 50, 1981, S. 65 ff.
- ders. Neue Wirtschaftspolitik: Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikrosteuerung,
in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 184 (1970), S. 397 ff.
- ders. Preiskontrolle-Mittel der Systemveränderung,
in: Wirtschaftsdienst 1974, S. 389 ff.
- ders. Preiskontrolle und Als-ob-Konzept,
in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 440/441, Tübingen 1974
- ders. Preisunelastizität der Nachfrage als Quelle von Marktbeherrschung,
in: Gutzler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Günther, 1976, S. 283 ff.
- ders. Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell und Monopolrechts,
in: Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Gemeinschaftsveröffentlichung mit Mestmäcker), Tübingen 1974, S. 1 ff.

- Hoppmann, E./Mestmäcker, E.J. (Hrsg.) Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974
- Immenga, U. Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts, Tübingen 1976
- Immenga, U./Mestmäcker, I.J. (Hrsg.) GWB-Kommentar, München 1981
- Immenga, U./Schulte-Braucks, R. Zum Verhältnis der Monopol- und der Oligopolvermutung in § 22 Abs. 3 GWB, in: BB 1981, S. 149 ff.
- Industrie- und Handelstag Vorschlag zur 2. Kartellrechts-Novelle zu § 25, in: WRP 1975, S. 191 ff.
- Ipsen, H.-P. Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, Baden-Baden 1976
- Jacob, H. Das Problem des marktbeherrschenden Unternehmens aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1980/81, Heft 100, Köln u.a. 1982, S. 17 ff.
- Jäckering, W. Die politischen Auseinandersetzungen um die Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Berlin 1977
- Jäger Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 GWB, 1970
- Kantzenbach, E./Kallfass, E. Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs - workable competition, in: Cox, H./Jens, U./Markert, K. (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs, München 1981, S. 104 ff.
- Karehnke Anmerkung zum Beschluß des KG vom 12.3.1982 "Texaco-Zerissen", in: AG 1982, S. 327 ff.

- Kartte, W. Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik,
in: FIW-Schriftenreihe, Heft 49, Köln
u.a. 1969
- ders. Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld
zwischen Bundeswirtschaftsministerium
und Bundeskartellamt,
in: Wettbewerb im Wandel, Festschrift
für E. Günther, 1976, S. 49 ff.
- Kartte, E./
Holtschneider, R. Konzeptionelle Ansätze und Anwendungs-
prinzipien im Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen; zur Geschichte des GWB,
in: Cox, H./Jens, U./Markert, K.
(Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs,
München 1981, S. 194 ff.
- Keilholz, K. Zur Rechtsfindung im Kartellrecht aus
der Sicht des Richters der Tatsachenin-
stanz,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts
1976/77, FIW-Schriftenreihe, Heft 81,
Köln 1978, S. 9 ff.
- Kellermann, A. Fairer Wettbewerb durch Wettbewerbsre-
geln,
in: 10 Jahre Bundeskartellamt, Köln
1968, S. 61 ff.
- Kersten, H.-Chr. Bewußtes Parallelverhalten - aufeinander
abgestimmte Verhaltensweise - Kar-
tellvertrag,
in: WuW 1972, S. 69 ff.
- Kirchner, Ch./Schanze, E./
Mertens, H.-J. Wirtschaftsrecht. Eine Problemorien-
tierung, Reinbek bei Hamburg, 1978
- Kirchstein, F. Der Beschluß des Bundesgerichtshofes
vom 5.2.1968, "Fensterglas II",
in: WRP 1968, S. 211 ff.
- ders. Die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts
1973/74, FIW-Schriftenreihe, Köln u.a.
1975, S. 19 ff.
- Kirzner, I.M. Competition an Entrepreneurship, Chica-
go und London 1973

- Lukes, R. Preisvergleich und Strukturvergleich
bei der Mißbrauchsaufsicht nach §§ 103,
104 GWB, Köln u.a. 1977
- ders. Zum Verständnis des Wettbewerbs und des
Marktes in den Denkkategorien des
Rechts,
in: Wirtschaftsordnung und Rechtsord-
nung, Festschrift zum 70. Geburtstag
von Franz Böhm, hrsg. von H. Coing, H.
Kronstein, E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe
1965, S. 199 ff.
- Lutz, H. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen,
in: NJW 1957, S. 1297 ff.
- Markert, K. Die Mißbrauchsaufsicht über marktbe-
herrschende Unternehmen,
in: Cox-Jens-Markert (Hrsg.), Handbuch
des Wettbewerbs, München 1981, S. 297
ff.
- ders. Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und
Nachfrager,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts
1978/79, FIW-Schriftenreihe, Köln 1980,
S. 87 ff.
- ders. Mißbrauchsaufsicht nach §§ 22, 26 Abs.
2,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts
1976/77, FIW-Schriftenreihe, Heft 81,
Köln 1978, S. 27 ff.
- Martens, K.-P. Das Frühstückskartell - BGH, NJW 1971,
521 ("Teerfarben"),
in: JuS 1971, S. 455 ff.
- Meier, G. Rechtsstaatprinzip und Handhabung des
GWB,
in: WuW 1983, S. 275 ff.
- Mestmäcker, E.J. Das marktbeherrschende Unternehmen im
Recht der Wettbewerbsbeschränkungen,
Tübingen 1959

- Mestmäcker, E.J. Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, 1978
- ders. Verpflichtet § 22 die Kartellbehörde, marktbeherrschenden Unternehmen ein Verhalten aufzuerlegen, als ob Wettbewerb bestünde?
in: DB 1968, S. 1800 ff.
- ders. Warum das Kartellverbot nicht am Privatrecht scheitert,
in: WuW 1971, S. 835 ff.
- Meyer-Dohm, P. Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit, Freiburg 1965
- Miksch, L. Wettbewerb als Aufgabe - die Grundsätze einer Wettbewerbsordnung, 2. Aufl., Bad Godesberg 1974
- Möhring, O./Illert, S. Teileinigung im Kartellrecht,
in: BB 1984, S. 817 ff.
- Möschel, W. Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest des Antitrustrechts,
in: Zweite Festschrift für Franz Böhm, 1975, S. 421 ff.
- ders. Das Wirtschaftsrecht der Banken, Frankfurt 1972
- ders. Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974
- ders. Entflechtung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979
- ders. Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie
- ders. Kritische Bemerkungen zu kritischen Bemerkungen,
in: ZHR 145 (1981), S. 590 ff.

- Monopolkommission 3. Hauptgutachten 1978/79, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Baden-Baden 1980
- dies. 4. Hauptgutachten 1980/81, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Baden-Baden 1982
- dies. 1. Sondergutachten, Anwendung der Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, 2. Aufl., Baden-Baden 1977
- Müller/Gießler/Scholz Kommentar zum GWB, 4. Aufl., 1981
- Munzinger, D. Mißbräuchliche Preise, Preisbildungssysteme und Preisstrukturen nach § 22 GWB, in: FIW-Schriftenreihe, Heft 78, Köln 1977, S. 25 ff.
- Nagel, B. Fusionskontrolle und Mißbrauchsaufsicht, KJ 1974, S. 387 ff.
- Neumann, C.W. Historische Entwicklung und heutiger Stand der Wettbewerbstheorie, Königstein/B. 1982
- Niederleithinger, E. Probleme der Mißbrauchsaufsicht aus der Sicht des Bundeskartellamtes, in: Röper, B. (Hrsg.), Mißbrauchsaufsicht aufgrund der Entwicklung der neueren Wettbewerbstheorie, Berlin 1982, S. 65 ff.
- Offerhaus Zur Analogie im Steuerrecht, in: BB 1984, S. 993 ff.
- Offerdinger Zur Methode der Rechtsfindung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, FIW-Schriftenreihe, Heft 81, Köln u.a. 1978, S. 1 ff.

- Rasch, H. Der Begriff des Oligopols im Kartellgesetzentwurf,
in: WuW 1956, S. 3 ff.
- ders. Das Kartellgesetz vor dem Bundestag. Für oder Gegen Wettbewerbsbeschränkungen?,
in: FAZ vom 22.1.1955
- Rauschenbach, G. Die Hauptprobleme der Kartellnovelle für die Unternehmen und ihre Berater,
in: NJW 1973, S. 1861 ff.
- Reich, N. Anmerkung zum Beschluß des Kammergerichts vom 19.3.1975 ("Vitamin-B-12"),
in: BB 1975, S. 1273 ff.
- ders. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 13.7.1976 ("Vitamin-B-12"),
in: NJW 1976, S. 2262.
- ders. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 16.12.1976 ("Valium"),
in: NJW 1977, S. 678 f.
- ders. Markt und Lenkung,
in: ZRP 1976, S. 67 ff.
- ders. Markt und Konzentration,
in: ZRP 1977, S. 107 ff.
- ders. Markt und Recht - Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Neuwied/Darmstadt 1977
- ders. Mißbrauch und Verhaltenskontrolle gemäß § 22 Abs. 4 n.F.,
in: NJW 1974, S. 1353 ff.
- ders. Mißbrauch der Mißbrauchsaufsicht durch Preiskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen?
in: ZRP 1975, S. 159 ff.

- Robert, R. Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik - Das Beispiel der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Berlin 1976
- Salje, P. Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Typische Fallgruppen und Methodenprobleme, Köln u.a. 1978
- Sandrock, O. Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968
- ders. Grundprobleme der sachlichen Marktabgrenzung,
in: Sonderdruck aus "Recht und Wirtschaft heute", Festgabe für Prof. Dr. Max Kummer, Bern 1980
- ders. Gentlemen's agreements, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB, in: WuW 1971, S. 858 ff.
- ders. Die Zweite Kartellnovelle
in: BB 1973, S. 101 ff.
- ders. Die Einheit der Wirtschaftsordnung. Über Macht und Ohnmacht von Gesetzgeber und Richter im Wirtschaftsrecht, Frankfurt/Main 1971
- Sauter, H. Das Verbot des abgestimmten Verhaltens im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
in: BB 1973, S. 684 ff.
- Schätzle Forschung und Entwicklung als unternehmerische Aufgabe, Köln 1965
- Schaub, D. Das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen (§ 25 GWB),
in: FIW-Schriftenreihe, Heft 66, Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, Köln 1974, S. 31 ff.

- Schlecht, O. Die Zielsetzung der Zweiten GWB-Novelle aus der Sicht der Bundesregierung, in: FIW-Schriftenreihe, Heft 66, Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, Köln 1974, S. 1 ff.
- Schmidt, I. Zum Schutz der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 GWB, in: DB 1968, S. 1795 ff.
- ders. Die Zusammenhänge von relevantem Markt, Marktbeherrschung und Marktergebnis am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes bei Arzneimitteln, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, (Band 190), 1976, S. 67 ff.
- ders. Methodische Bedenken gegen Generalklauseln im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: JZ 1967, S. 247 ff.
- ders. Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB, in: WuW 1964, S. 120 ff.
- ders. Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 26 EWGV, in: WuW 1965, S. 453 ff.
- ders. US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973
- Schmidt, K.-E. Die Bedeutung des Preiswettbewerbs im Begriff des wesentlichen Wettbewerb im Sinne von § 22, in: Wettbewerb im Wandel, Festschrift für E. Gunther, hrsg. von H. Gutzler, W. Herion, J.H. Kaiser, Baden-Baden 1976, S. 307 ff.
- Schmidtchen, D. Wettbewerbspolitik als Aufgabe: methodologische und systematische Grundlagen für eine Neuorientierung, Baden-Baden 1978

- Schmidtchen, D. Ausbeutung aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand? Kritische Analyse der theoretischen Grundlage einer freiheitsgefährdeten Wettbewerbspolitik,
in: ORDO, Bd. XXX (1979), S. 273 ff.
- Schmitz, W.-G. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung und seine Konzeption,
in: NJW 1957, S. 1704 ff.
- Schöppe, G. Rückgang des mengenmäßigen Marktanteils als Indiz für das Nichtvorliegen einer überragenden Marktstellung,
in: DB 1977, S. 385 ff.
- Scholz, R. Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage,
in: ZHR 141 (1977), S. 520 ff.
- ders. Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, 1971
- Schricker, G. Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz,
in: RabelsZ 36, (1972), S. 315 ff.
- Schultz, K.-P. Die Vermutungen des § 23 a GWB (unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Oligopolvermutung des § 23 a Abs. 2),
in: WuW 1981, S. 102 ff.
- Seitz, T. Preisführerschaft im Oligopol, Köln u.a. 1965
- Siebler, H.-U. Wirtschaftstheorie, Wettbewerbspolitik und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1966
- Simitis, K. Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip, 1976
- Sölter, A. Vom atomistischen zum Allparameter,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1975/76, FIW-Schriftenreihe, Heft 77, Köln 1977, S. 99 ff.

- Tolksdorf, M. Ruinöser Wettbewerb, Dissertation 1970
- ders. Stand und Entwicklungstendenzen der
Wettbewerbstheorie,
in: WuW 1980, S. 785 ff.
- Tuchtfeldt, E. Kartellsurrogate als Problem der Wett-
bewerbspolitik,
in: Arndt, E./Michalski, E./Molitor, B.
(Hrsg.), Wirtschaft und Gesellschaft,
Ordnung ohne Dogma (Heinz-Dietrich Ort-
lieb aus Anlaß seines 65. Geburtstages
gewidmet), Tübingen 1975, S. 331 ff.
- Ulmer, P. Abgestimmte Verhaltensweisen im Kar-
tellrecht, Karlsruhe 1972
- ders. Überlegungen zur wirtschaftlichen Be-
trachtungsweise im Kartellrecht,
in: WuW 1971, S. 878 ff.
- Ulmer P./Wiedemann, G. Das Verbot abgestimmter Verhaltenswei-
sen,
in: Cox, H./Jens, U./Markert, K.
(Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs, Mün-
chen 1981, S. 273 ff.
- Völkel, H. Die Regelung des Wettbewerbs in der
Marktwirtschaft, Dissertation, Freiburg
1971
- Walz Steuergerechtigkeit und Rechtsanwen-
dung, 1980
- Werner, R. Entwicklung und Schwerpunkte der
Rechtsprechung des Kartellsenats des
Kammergerichts,
in: Schwerpunkte des Kartellrechts
1975/76, FIW-Schriftenreihe, Heft 77,
Köln u.a. 1977, S. 25 ff.
- Westrick/Loewenheim Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
Kommentar, 4. Aufl., Herne 1977
- Willeke, F.-U. Marktbeherrschung und Mißbrauch von
Marktmacht - bemerkungen zu einem alten
Thema der Wettbewerbspolitik anläßlich
des Vitamin-B-12-Falles,
in: WuW 1975, S. 533 ff.

- Willomeier, D. Rechtsgeschäft und einverständliches Verhalten,
in: NJW 1971, S. 2045 ff.
- Wirz, H.-B. Der Marktbeherrschungsbegriff nach § 22
GWB,
in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-
Novelle, FIW-Schriftenreihe, Heft 66,
Köln 1974, S. 41 ff.
- ders. Marktbeherrschung und Preismißbrauch im
GWB nach neuester Rechtsprechung,
in: WRP 1977, S. 244 ff.
- Wörner Die Grenzen richterlichen Dürfens im
Steuerrecht,
in: BB 1984, S. 523 ff.
- Wolf Fortentwicklung der Fusionskontrolle,
in: WuW 1980, S. 462 ff.
- Woll, A. Allgemeine Volkswirtschaftslehre, Mün-
chen 1979
- Zohlhöfer, W. Wettbewerbspolitik im Oligopol, Basel/
Tübingen 1968

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Beschl.	Beschluß
BGB1.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BKartA	Bundeskartellamt
BT	Bundestag
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWmi	Bundeminister für Wirtschaft
BWmf	Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen
DB	Der Betrieb

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWGV	EWG-Vertrag
f., ff.	folgende
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsver- fassung und Wettbewerb e.V.
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber- recht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
JbNST	Jahrbuch für Nationalökonomie und Sta- tistik
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
MA	Der Marktanteil
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
S.	Seite

TB	Tätigkeitsbericht
Tz.	Textziffer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der Zeitschrift WuW
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Ge- sellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik - Journal of Consumer Policy

Einleitung

I. Entfaltung des Problemzusammenhangs

Nach dem zweiten Weltkrieg bis in die sechziger Jahre hinein war man sich in Theorie und Praxis weitgehend darin einig, daß dem Preis von den verschiedenen unternehmerischen Aktionsparametern (Qualität, Forschung, Werbung etc.) der Vorrang einzuräumen sei. Die Art der Preisbildung wurde geradezu als Hauptkriterium der unterschiedlichen Wirtschaftssysteme (Verkehrs- versus Planwirtschaft) begriffen. In der Marktwirtschaft sollte die Koordination der Handlungen aller Wirtschaftssubjekte durch das Preissystem, will sagen: die Gesamtheit aller interdependenten Preisrelationen, erfolgen. In diesem Preissystem, so glaubte man, würden sich alle Preise nach dem jeweiligen Verhältnis von Angebot und Nachfrage bilden und somit der Preis ein untrüglicher Knappheitsindikator sein. Jede Behinderung der freien Preisbildung erschien als störender Faktor für die Rechenhaftigkeit der Wirtschaft; nur der freie Preis machte die Leistungen meßbar und vergleichbar, und vornehmlich von der freien Preisbildung ver sprach man sich eine Korrektur eventueller Fehldispositionen. In der Preisstellung sollte die mehr oder weniger konsequente Befolgung des sog. ökonomischen Prinzips durch die Unternehmen erkennbar und meßbar sein, jenes Axiom der wirtschaftlichen Rationalität, nach dem ein ökonomisches Ziel mit dem geringsten Aufwand zu erreichen ist respektive bei gegebenem Aufwand der größtmögliche ökonomische Erfolg anzustreben war.

Diese zentrale Funktion der Preisbildung erfuhr (angeblich) einen entscheidenden Wandel, falls marktmächtige Unternehmen in der Lage waren, von dem "unabhängigen", lediglich durch die Nachfrage bestimmten Marktpreis abzuweichen. Hier figurierte der Preis nicht mehr als Indikator der tatsächlichen Knappheitsverhältnisse. Die qualitative und quantitative Harmonisierung der Bedarfsdeckung schien bedroht, Produktion und Nachfrage schienen in falsche Richtungen geleitet, wobei die Konsequenzen der Fehldispositionen von den Wirtschaftssubjekten entsprechend den jeweils angegebenen Preiselastizitäten der Nachfrage bzw. des Angebots zu tragen waren.

Speziell im Hinblick auf die Absatzstrategie der Produktdifferenzierung wurde angenommen, daß mit ihr letztlich das Ziel verfolgt werde, sich der als lästig empfundenen Konkurrenz zwischen homogenen und daher gleichpreisigen Waren zu entziehen und in die unvollkommene, heterogene Konkurrenz zu flüchten. Da die Konsumenten - so wurde weiter deduziert - weitgehend und zunehmend außerstande seien, technisch komplexe, in ihrem Grundnutzen schwer einschätzbare Güter zutreffend zu beurteilen, wurde ein Produktmarkt mit umso zahlreicheren monopolistischen Elementen durchsetzt apostrophiert, je weiter die Produktdifferenzierung vorangetrieben war. Eine solche Entwicklung wurde mit einer Fehlallokation der Produktionsfaktoren assoziiert; die Gefahr wurde beschworen, daß die auf den "unvollkommenen Märkten" erzielten Mehrerlöse zu Fehlinvestitionen und zu einer unnötigen Aufblähung von Vertriebskosten (überhöhte Handelsspannen, übermäßige Reklame, überflüssiger Service usw.) führen würden. Nicht eine Konkurrenz durch sparsamsten Kostenaufwand, vielmehr ein Wettbewerb im Erzielen von Mehrerlösen, mithin eine - gesamtwirtschaftlich gesehen - Verschwendungskonkurrenz sei die Folge. Angesichts solcher wettbewerblicher Vorstellungen mußte eine Favorisierung des Aktionsparameters Preis, der vom Konsumenten genau rational beurteilt werden konnte, geradezu als fortschrittlich erscheinen¹⁾.

Die Konzeption von einer Prärogative des Preiswettbewerbs ist nicht lediglich unverbindliche Leitlinie der praktischen Wirtschaftspolitik geblieben. Sie hat auch Eingang gefunden in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1957. Wenngleich das "Grundgesetz der Marktwirtschaft" - gemessen am ordoliberalen Postulat einer "Herstellung eines funktionsfähigen

1) Zur zentralen Funktion des Preissystems in der Konzeption des Ordoliberalismus: Günther, Die geistigen Grundlagen des sog. Jostenentwurfs, S. 193 ff.; ferner (kritisch) Siebler, Wirtschaftstheorie, Wettbewerbspolitik und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 21 ff.; Völkel, Die Regelung des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft, S. 7 ff.; speziell zum GWB: Schmitz, NJW 1957, S. 1706 ff., in einem offenbar von dem Vertreter der Bundesregierung, dem späteren Präsidenten des BKartA Günther abgesegneten Beitrag, der insbesondere zum Vorwurf der besonderen Akzentuierung des Preiswettbewerbs von Lutz, NJW 1957, S. 1297 ff., Stellung nimmt.

gen Preissystems vollständiger Konkurrenz" (Eucken, Böhm, Miksch) sowie selbst an den pragmatischen Vorstellungen der Anhänger der "Sozialen Marktwirtschaft" (Erhard, Müller-Armack) - weitgehend einem Torso gleichkommt¹⁾, so finden sich doch in den Gesetzesmaterialien eine Vielzahl von untrüglichen Anhaltspunkten dafür, daß dem Preiswettbewerb gegenüber den anderen Erscheinungsformen der Konkurrenz eine vorrangige Bedeutung beigemessen werden sollte:

So bezeichnete der parlamentarische Berichterstatter Hellwig in seinem Generalbericht explizit den Preis wegen "seiner in der Marktwirtschaft unentbehrlichen Steuerungsfunktion als das bei weitem wichtigste Wettbewerbsselement", demgegenüber andere Erscheinungsformen, "insbesondere die häufig auftretenden Surrogat- und Nebenformen des Wettbewerbs, wie z.B. der sog. Qualitätswettbewerb, die Konkurrenz in Service-Leistungen, der Reklame- und Verpackungswettbewerb, der quasimonopolistische Wettbewerb durch Produktdifferenzierungen u.a.m., nicht oder nur in geringerem Maße die Ausrichtung aller wirtschaftlichen Tätigkeiten nach dem ökonomischen Prinzip (gewährleisten)"²⁾.

Dementsprechend wurden gewisse Wettbewerbsbeschränkungen bezüglich der sog. Nebenleistungen sogar begrüßt, da "durch sie eine Vergleichbarkeit der Preise herbeigeführt und somit der eigentliche Preiswettbewerb intensiviert werden kann"³⁾.

1) So bilanzierte z.B. der Wirtschaftsminister Erhard (vgl. Stenografische Berichte des 2. Deutschen Bundestages, S. 1324 D, zitiert bei Jäckering, Die politischen Auseinandersetzungen um die Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 27) bei der Verabschiedung des Gesetzes: "Meine Konzeption von dem Kartellgesetz, wie sie ja auch in der Regierungsvorlage zum Ausdruck gekommen war, deckt sich ganz bestimmt nicht völlig mit der jetzt erarbeiteten Lösung". - Zur Entstehungsgeschichte des GWB, insbesondere zur Denaturierung der ordoliberalen Vorstellungen im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens, vgl. Kartte, Holt-schneider, Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Cox, Jens, Markert, Handbuch des Wettbewerbs, S. 193 ff.

2) Vgl. Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik

3) ebenda

Nicht zuletzt wurde der Preiswettbewerb in § 16 a.F. explizit als Prämisse der Zulässigkeit einer Preisbindung zweiter Hand gefordert. Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik sah zwar, daß die Erscheinungsformen des Wettbewerbs einem permanenten Wandel unterworfen waren, so daß sich die Konkurrenz nicht ausschließlich in einer unterschiedlichen Preisstellung manifestieren mußte. Für unvertretbar wurde jedoch gehalten, das Preisprivileg solchen Markenwaren einzuräumen, die überhaupt keiner Preiskonkurrenz ausgesetzt waren. Ein Verzicht auf das Erfordernis des Preiswettbewerbs, so die Befürchtung, "würde preisbindungswilligen Unternehmen die Berufung auf Surrogat- und Nebenformen des Wettbewerb, wie z.B. den Wettbewerb durch Produktdifferenzierung, die Konkurrenz in - vom Kunden oft für entbehrlich gehaltenen - Serviceleistungen, den Wettbewerb durch Verpackungsluxus, die Konkurrenz in Reklameaufwendungen usw. ermöglichen"¹⁾. Diese und ähnliche Erscheinungsformen wurden als mit dem Prinzip der wirtschaftlichen Rationalität inkompatibel bezeichnet und als Rechtfertigungsgrund für eine Preisbindung zurückgewiesen²⁾.

Dieses Ideal der Prärogative des Preiswettbewerbs geriet mit Abschluß der Wiederaufbauphase der westdeutschen Wirtschaft zunehmend auf den Prüfstand der ökonomischen Wirklichkeit:

Mit der Herausbildung oligopolistischer Marktstrukturen zu Beginn der 60er Jahre verlor die Preiskonkurrenz tendenziell an Bedeutung. Deutlich wurde, daß einem Preiswettbewerb - jedenfalls unter bestimmten Prämissen (Homogenität, Markttransparenz, fehlende Präferenz der Nachfrager) - bestimmte Grenzen gesetzt waren. Von Preissenkungen wurde nicht selten dank der Überlegung abgesehen, daß die Mitbewerber alsbald folgen würden, von einer Preissenkung mithin keine Vergrößerung des Marktanteils zu erwarten war und somit der Gesamtgewinn infolge des geringen Einzelgewinns zurückgehen würde. Preisveränderungen gewannen zunehmend den Charakter "konzertierter" Anpassungsaktionen unter Anleitung sog. Preisführer. In wichtigen

1) Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu § 16 KartAG, Bericht des Abgeordneten Hoffmann.

2) Vgl. ebenda.

Bereichen der Wirtschaft kristallisierten sich "privat-administrierte" Preise heraus, deren Höhe den langfristigen gemeinsamen Interessen der beherrschenden Großunternehmen entsprach¹⁾.

Insbesondere im Konsumgüterbereich zeigte sich ferner, daß die Preiskonkurrenz tendenziell ersetzt wurde durch einen "qualitativen", auf Produktgestaltung und Produktdifferenzierung beruhenden Wettbewerb. Die den unmittelbaren Gebrauchswert der Produkte nicht unmittelbar tangierenden nichtpreislichen Absatzinstrumente (Verpackung, Design, Modellpolitik etc.) gewannen eine immer größere Bedeutung; dank solcher Marketing-Strategien gelang es, im Wettbewerb um die begrenzte zahlungskräftige Nachfrage marktstrategische Vorteile zu erringen, die von den Konkurrenten - anders als bei Preisveränderungen - kurzfristig nicht eingeholt werden konnten (temporäre Quasi-Monopole im nationalökonomischen Sinne)²⁾.

Nicht zuletzt vollzog sich der Wettbewerb in wachsendem Maße unmittelbar mit Hilfe technischer Neuerungen. Es entstand die für die technologieintensiven "Wachstumsindustrien" (z.B. chemische und elektronische Industrie) charakteristische Tendenz zur "Substitutionskonkurrenz". Neue Erzeugnisse wurden entwickelt, die infolge ihres Preises oder ihrer Gebrauchseigenschaften die Produkte anderer Industriezweige ersetzten und dadurch die Möglichkeit schufen, in überkommene Märkte einzubrechen (z.B. in die Branchen der Textil-, Stahl- und Holzindustrie)³⁾. Forschung und Entwicklung wurden insgesamt zur Grundlage und Voraussetzung einer permanenten "Produktion von Nachfrage", mittels derer die Unternehmen der Gefahr einer

1) Vgl. zu diesem Problem insgesamt Zohlhüfer, Wettbewerbspolitik im Oligopol, S. 211 ff.

2) Vgl. Oppenländer u.a., Wirtschaftliche Auswirkungen des technischen Wandels in der Industrie (Forschungsprojekte des RKW, Bd. 3), S. 25 ff., (83 ff.); Schätzle, Forschung und Entwicklung als unternehmerische Aufgabe, S. 91 ff. Zur Veränderung der Absatzpolitik der Anbieter in spezieller Perspektive auf die Konsumfreiheit: Meyer-Dohm, Sozialökonomischer Aspekt der Konsumfreiheit, S. 243 ff.

3) Vgl. im einzelnen die Nachweise bei Hirsch, Staatsapparat und Reproduktion des Kapitals, S. 124 ff.

tendenziellen Marktsättigung entgegentraten¹⁾.

Ein solches Auseinanderfallen von preispolitischem Primat und (grob skizzierter) Wettbewerbswirklichkeit kann seitens der Gesetzgebung, der Rechtsanwendungsorgane sowie der angesprochenen Wissenschaften (Wettbewerbspolitik, -theorie, -recht) in verschiedener Weise "bewältigt" werden:

Zum einen kann das Preistheorem völlig aufgegeben werden, indem es gegen die normative Kraft des Faktischen ausgespielt wird. Die Argumentationsschritte einer solchen Anpassung der Theorie an die Realität können wie folgt skizziert werden:

Ein Blick auf die Vielfalt der gegenwärtig eingesetzten Aktionsparameter zeigt, daß der atomistische Überflügelungswettbewerb mit der Dominanz des Preiswettbewerbs wirklichkeitsfremd ist. Der Marktpreis ist kein Datum (mehr), an dem sich die Anbieter orientieren. Durch Qualitäts-, Heterogenisierungs- und Innovationswettbewerb sowie andere Absatzinstrumente schaffen sich die Unternehmen heute ihren Markt. Die klassische Konzeption, derzufolge eine Vielzahl machtloser Konkurrenten optimalen Wettbewerb verbürgen, ist obsolet geworden. Auf Oligopolmärkten kann die Konkurrenz weit härter ausgetragen werden als auf polypolistischen Märkten, ganz unbesehen der Tatsache, daß die Kapitalintensität sowie die Produktionstechnik geradezu zu größeren Unternehmenseinheiten zwingen. Das Oligopol hat sich zur natürlichen Marktform herausgebildet. Und wenn die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs an zeitgemäßen Kriterien (Produktivität, Konkursquote, Lebensstandard etc) gemessen wird, so muß insgesamt eine ausgesprochene Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs konstatiert werden.

Demgegenüber zeugt es von oberflächlicher Betrachtungsweise, wenn die Wettbewerbsintensität ausschließlich an der Preisentwicklung von Gütern und Leistungen beurteilt wird. Preistrends bzw. Inflationsraten sind vornehmlich ein Spiegelbild der Kosteninflation. Insgesamt ist es verfehlt, das Wett-

1) Vgl. z.B. Gross, Neues Wirtschaftsdenken. Erfolg durch Marketing; Konzentrationsenquete 1964; Gillmann, Prosperität in der Krise.

bewerbsgeschehen der Wirklichkeit an statischen, exakt meßbaren und isolierten Parametern zu beurteilen. Der marktwirtschaftliche Prozeß ist seinem ganzen Wesen nach dynamisch, evolutionär und ungleichgewichtig, und daher ist er nur in seiner komplexen Interdependenz angemessen zu beurteilen. Dieses Gesamtgeflecht kann nicht in einzelne Aktionsparameter aufgespalten werden, und die einzelnen Parameter können weder separat beurteilt noch wechselseitig saldiert werden. Dem Preisparameter kann keine Vorrangstellung eingeräumt werden, dies umso weniger, da bei solcher Perspektive der innovatorische Wettbewerb mit neuen Produkten ausgeblendet wird. Wenn von mehreren Parametern nur einige stillgelegt werden, bedeutet das noch keineswegs, daß von einer Wettbewerbserstarrung, die hoheitliches Einschreiten gebietet, gesprochen werden kann¹⁾.

Auch die andere Position definiert im Ausgangspunkt den Wettbewerb als einen komplexen Vorgang, bei dem die zahlreichen Aktionsparameter eine von Fall zu Fall unterschiedliche Rolle spielen können. Im Gegensatz zur vorstehenden Ansicht, die den einzelnen Faktoren (z.B. der Qualität, der Forschung und der Werbung) prinzipiell den gleichen Rang einräumt und wesentlichen Wettbewerb erst vermißt, falls nicht einmal mehr Spuren von Wettbewerb auszumachen sind, wird dem Parameter Preis jedoch - jedenfalls in bestimmten "Extremsituationen" - eine besondere Funktion zugeschrieben. Daß sich die wettbewerblichen Aktivitäten temporär stärker auf diesen oder jenen Parameter konzentrieren können, wird zwar zugestanden. Wesentlicher Wettbewerb wird indes verneint, wenn es an einem Gesamtbild leistungsbezogener Konkurrenz fehlt. So wird beispielsweise konstatiert, daß die Sicherung und Verbesserung der Produktqualität im Einzelfall für den Verbraucher durchaus bedeutsamer sein kann als eine "optimale" Preisgestaltung. Die Produktqualität muß sich jedoch, so wird gefordert, nach außen als eine besondere Unternehmensleistung manifestieren und den Preisparameter

1) Stellvertretend für diese Deduktion: Sölter (Leiter der Abteilung Wettbewerbsordnung im BDI), Zur Weiterentwicklung der Wettbewerbsordnung, BB 1978, S. 1273; Wettbewerbstheorie bedarf der Modernisierung, MA 1976, S. 428; Vom atomistischen zum Allparameterwettbewerb, Schwerpunkte des Kartellrechts 1975/76, S. 99 f.; Preiswettbewerb in der Wirklichkeit, Festschrift für Metzner, S. 189f.

wenigstens teilweise ersetzen; einer Produktvariation oder -differenzierung, die sich für den Konsumenten nicht als ein eindeutiges Positivum darstellt, wird eine solche Surrogatsfunktion abgesprochen. Gleiches gilt für die Forschung und Entwicklung, die im Ausgangspunkt als Charakteristikum eines wesentlichen Wettbewerbs durchaus akzeptiert wird. Verlagert sich aber der Wettbewerb ausschließlich auf Forschung und Entwicklung, möglicherweise sogar nur in der Form eines Modell- und Typenwechsels, so fehlt es an einer nach außen gerichteten Leistungsverbesserung im Interesse der Abnehmer. Die Passivierung des Preisparameters kann mithin im Einzelfall durchaus das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs indizieren.

Aus dieser Sicht sind die vorfindbaren wettbewerbsrechtlichen Erscheinungsformen und Marktstrukturen kein fraglos hinzunehmender Normalzustand entwickelter Marktwirtschaften. Vielmehr kann im Einzelfall von der Existenz gleichsam pathologischer Wettbewerbsverhältnisse ausgegangen werden, die eine kartellrechtliche Aufsicht plausibel erscheinen lassen. Rechtsteilologisch wird zu bedenken gegeben, daß die einzige Rechtsfolge, die sich an die Bejahung der Marktbeherrschung seitens eines Einzelunternehmens oder einer Oligopolgruppe knüpft, lediglich die schlichte Ermöglichung einer Mißbrauchsaufsicht (§ 22) respektive einer Fusionskontrolle (§ 24) ist, nicht mehr.

Welche Positionen in diesem grob konturierten Meinungsspektrum der Kartellgesetzgeber, die Kartellrechtswissenschaft und die Rechtsanwendungsorgane (BKartA, KG, BGH) einnehmen, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

II. Zum Gang der Abhandlung

Begonnen wird mit dem Versuch einer Rekonstruktion des Willens des historischen Gesetzgebers. Dieser unterscheidet u.a. im Rahmen des Oligopolstatbestandes (§ 22 Abs. 2) zwischen einem Innenverhältnis der Oligopolgruppe sowie einem Außenverhältnis und verlangt von den rechtsanwendenden Organen bezüglich des Innenverhältnisses einen Vergleich zwischen einem bestehenden und einem angestrebten Zustand, für den das Tatbestandsmerkmal "wesentlicher Wettbewerb" den Maßstab bildet. Gerade auf oligopolistisch strukturierten Märkten ist nicht

selten eine Gleichpreisigkeit anzutreffen, und daher liegt es nahe, ein "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" erst dann zu bejahen, falls die Unternehmen außer der Preis- auch die Qualitäts-, Nebenleistungs- und Werbekonkurrenz ganz oder teilweise tabuisieren, wenn der Stillstand des wettbewerblichen Strebens sich mithin auf mehr oder weniger alle Aktionsparameter bezieht.

Das Problem der Sonderstellung des Preiswettbewerbs stellt sich im Kontext des gesetzlichen Oligopolstatbestandes in besonders pointierter Weise, weil sich die literarischen Meinungsdifferenzen vornehmlich am Oligopolstatbestand entzünden und Befürworter wie Gegner der Auffassung von der Sonderstellung des Preiswettbewerbs sich gleichermaßen auf die Gesetzesmaterialien berufen.

Eine genaue Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens zum Begriff des "wesentlichen Wettbewerbs" im Sinne des § 22 Abs. 2 erscheint somit zugleich in exemplarischer Weise einen generalisierungsfähigen Aufschluß über die Tragfähigkeit der historischen Auslegungsmethode im Kartellrecht zuzulassen. Die Regelungsgegenstände des GWB sind regelmäßig gekennzeichnet durch eine ökonomische und juristische Komplexität, durch die Schwierigkeit, kompetitive Verhaltensweisen wissenschaftlich exakt und operationalisierbar von nicht kompetitiven abzugrenzen sowie durch divergierende Interessen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe; nicht zuletzt ist der politische Handlungsbedarf vielfach situativ (z.B. durch aktuell hohe Preissteigerungs- oder Konzentrationsraten) bedingt. Prima facie spricht einiges dafür, daß sich solche aktuellen Anlässe und Widersprüchlichkeiten im Gesetzgebungsverfahren widerspiegeln, so daß sich - jedenfalls in Detailfragen - vielfach kein eindeutiger gesetzgeberischer Wille rekonstruieren läßt und die Heranziehung der Entstehungsgeschichte sich bei näherem Zusehen als (selektive) Begründungsbehauptung entpuppt.

Im 2. Kapitel werden die verschiedenen wettbewerbswissenschaftlichen Positionen zur Diskussion gestellt. Insoweit kann es nicht darum gehen, in formaler Fixiertheit auf das Prinzip der Vollständigkeit alle Autoren vorzustellen, die sich zur Frage des "wesentlichen Wettbewerbs" jemals geäußert haben.

Rein pragmatische Argumentationen, die den Wettbewerbsbegriff einfach gleichsetzen mit den realen Wettbewerbsformen der entfalteten Industriegesellschaften, sind wissenschaftlich kaum diskussionsfähig. Die inhaltliche Bestimmung des Tatbestandsmerkmals "wesentlicher Wettbewerb" ist kein lediglich positivistisch-juristisch zu bewältigendes Problem; vielmehr wird verwiesen auf ein Phänomen, das im Spannungsfeld von Rechtswissenschaft und Wirtschaftstheorie angesiedelt ist. Demgemäß werden nur solche Ansätze aufgezeigt, die sich dieser Problemeinheit (in jeweils unterschiedlicher Konzeption und Methodik) stellen. Vorgestellt wird zunächst der Programmentwurf von Sandrock, der - in einer Art interdisziplinärer Methode - grundsätzlich eine Widerspruchsfreiheit zwischen wirtschaftstheoretischen Erkenntnissen und rechtlicher Subsumtion fordert und die erforderliche Präzisierung des vorliegenden Untersuchungsgegenstandes durch wettbewerbstheoretische und wirtschaftspolitische Erwägungen zur Marktform der oligopolistischen Konkurrenz gewinnt. - Einzugehen ist ferner auf die Position von Knöpfle, der mit dem Anspruch antritt, einen präzisen Rechtsbegriff "Wettbewerb" herauszuarbeiten, welcher sich an der Wirklichkeit des Wirtschaftslebens orientiert und keine "geheiligten" theoretischen Erkenntnisse ungeprüft übernimmt, und der das Wesen des Wettbewerbs in der Formel von den "wirtschaftlichen Erfordernissen, Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter verschiedenen Anbietern wählen oder von einem Anbieter auf andere ausweichen können", glaubt praktikabel umschreiben zu können.

Angesprochen sind des weiteren insbesondere die wirtschafts- und gesellschaftstheoretisch abgeleiteten Erklärungsansätze von Reich, Möschel und Hoppmann. Die Autoren stehen repräsentativ für eine am Sozialstaatspostulat anknüpfende alternative Rechtskonzeption, welche das Wettbewerbsrecht als Verbraucherschutzrecht versteht und von dieser Zielsetzung her instrumentalisiert (Reich), für eine Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen, welche primär auf die Feststellung wettbewerbsbeschränkender Einzelverhaltensweisen zielt (Möschel) und für eine (systemtheoretische) Konzeption der Wettbewerbsfreiheit, die Wettbewerb als gesamtmärklichen Prozeß sowie als Entdeckungsverfahren (Problemlösungsverfahren) begreift (Hopp-

mann). - In einer Längsschnittanalyse werden die drei Positionen beleuchtet; ausgegangen wird von den allgemeinen wettbewerbstheoretischen und rechtsmethodischen Prämissen, um sodann die konkretisierende Bestimmung des "wesentlichen Wettbewerbs" kritisch nachzureichen. Insgesamt geht es darum, die methodischen Implikationen, die faktischen Konsequenzen sowie die Anleitungskraft dieser Konzeptionen für das rechtswissenschaftliche Normprogramm des Oligopols kenntlich zu machen. Vermittelt über das Maß ihrer Konsensfähigkeit bestimmen sie über die Normadressaten des marktbeherrschenden Oligopols, mithin über die Fragen, ob eine Intervention wegen mißbräuchlichen Verhaltens überhaupt möglich ist resp. ein Zusammenschluß untersagt werden kann.

Im 3. Kapitel wird das einschlägige Erfahrungsmaterial der Entscheidungspraxis zu § 22 Abs. 2 beleuchtet. In spezieller Perspektive auf den Stellenwert des Preisparameters für die Bestimmung eines marktbeherrschenden Oligopols sind hier einmal die Preismißbrauchsverfahren aussagefähig, von denen im wesentlichen die Wirtschaftssektoren Mineralöl, Arzneimittel und Personenkraftwagen der Mittelklasse betroffen waren. Aus dem Bereich der Fusionskontrolle sind unmittelbar einschlägig die beiden zu § 24 i.V.m. § 22 Abs. 2 ergangenen Verfahren "Blei- und Silberhütte Braubach" und "Texaco-Zeressen" sowie das aufgrund der qualifizierten Vermutung für sog. Dreier- und Fünfer-Oligopole gem. § 23 a Abs. 2 letztlich gescheiterte Fusionsverfahren "Philipp-Morris-Rothmans". Angesichts des insgesamt relativ schmalen Entscheidungsmaterials wird es nicht möglich sein, systematische (stringent theoriegeleitete und generalisierungsfähige) Aussagen der Rechtsanwendungsorgane zu reformulieren, zumal die Ausführungen vielfach unmittelbar fallbezogen gehalten sind, die aufgegriffenen Sachverhalte zudem nicht selten durch außergewöhnliche Spezifika charakterisiert werden und im Zusammenhang der Fusionskontrolle nicht so sehr aktuelle Verhaltensaspekte, sondern marktstrukturelle Gesichtspunkte in ihrem Zukunftsbezug im Vordergrund stehen. Gleichwohl ist der Nachweis möglich, daß das BKartA - um eine gewisse Effektivität der von ihm initiierten Verfahren bemüht - in der Einschätzung des Preisparameters für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs eine "rigidere" Position einnimmt als die beiden Rechtsmittelinstanzen (KG, BGH). Zu fragen ist, auf welche allgemeinen Ursachen, insbesondere auf welch unterschiedliches Methodenver-

ständnis diese divergierende Interpretationspraxis zurückzuführen ist.

Abschließend wird der vorliegende Untersuchungsgegenstand in einen allgemeinen erkenntnis- und staats-theoretischen Zusammenhang gestellt. Gefragt wird, ob die verschiedenen wettbewerbstheoretischen Programmentwürfe nicht letztlich durch ein bestimmtes Vorverständnis hinsichtlich der real existierenden Oligopolstrukturen determiniert werden und mit einem "adäquaten" Staatsverständnis korrelieren. Analysiert wird, ob nicht jene Positionen, welche die vorgefundene Realität grundsätzlich akzeptieren und es prinzipiell ablehnen, in der Stilllegung des Preisparameters ein Indiz von Marktmacht zu erblicken, nicht dem klassischen Rechtsstaatsideal verhaftet sind, das punktuell-korrigierende Interventionen in das Wettbewerbsgeschehen als tendenziell systemfremd verwirft; und vice versa: Ob nicht jene Programmentwürfe, die Oligopolstrukturen im Prinzip als "pathologische" Sachverhalte begreifen und die Tabuisierung des Preisparameters als Beleg für die Existenz von Marktmacht verstehen, nicht von einem weniger rigiden, mehr "interventionistisch" orientierten staats-theoretischen Vorverständnis geleitet werden.

Welche dieser beiden Grundpositionen resp. welche Nuancierung des Meinungsspektrums jeweils zur vorherrschenden Meinung avanciert, hängt von verschiedenen Faktoren ab, nicht zuletzt von der aktuellen wirtschaftlichen Lage, dem politischen Kräfteverhältnis sowie den jeweils vorherrschenden Wertvorstellungen. Unter Berücksichtigung dieses wissenssoziologischen Axioms stellt sich die Frage, ob die These von dem Vorrang des Preiswettbewerbs nach Abschluß der Wiederaufbauphase der westdeutschen Wirtschaft zu Anfang der 60er Jahre jemals konstituierende Anleitungskraft für das Verständnis vom wesentlichen (funktionsfähigen) Wettbewerb hatte.

1. Kapitel: Der Wille des Gesetzgebers als Interpretationshilfe

I. Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte als Auslegungskriterium

1. Zum Stellenwert der historischen Interpretation im Kartellrecht

In Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung sowie der Literatur ist (auch) bei der Interpretation von Kartelltatbeständen prinzipiell von folgenden Richtlinien auszugehen: Die Tragweite einer gesetzlichen Vorschrift ergibt sich aus dem objektiven Willen des historischen Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang, in den diese hineingestellt ist, ergibt. Um den objektivierten Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, bedient man sich der Methode der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Zusammenhang und Zweck sowie aus der Entstehungsgeschichte. Diese Auslegungskriterien sind nebeneinander zulässig und ergänzen sich gegenseitig. Regelmäßig hat die Interpretation mit dem Wortlaut zu beginnen, und zwar bereits deshalb, weil der mögliche Wortsinn den Grenzbereich markiert, innerhalb dessen ein vom Gesetzgeber verwandter Begriff überhaupt ausgelegt werden kann¹⁾.

Das Kartellgesetz grenzt die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht mittels einer abstrakt gehaltenen Generalklausel von den legalen Verhaltensweisen ab. Vielmehr erfaßt es in einer Vielzahl konkreter Einzelvorschriften bestimmte rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, zur Folge haben oder befürchten lassen. Diese werden teilweise schlechthin verboten, teils werden sie für legalisierbar erklärt, teils werden sie einer Mißbrauchsaufsicht unterstellt; nicht zuletzt werden bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen *expressis verbis* von einem regelmäßigen Verbot ausgenommen. Bei der Formulierung eines jeden dieser Tatbestände hat der Gesetzgeber sowohl im Hinblick

1) Vgl. z.B. BGH, NJW 1967, S. 343 ff. m. zahlr. Nachw.

auf die Tatbestands- wie auch auf die Rechtsfolgesseite eine wirtschaftspolitische Entscheidung getroffen. Die Tragweite dieser einzelnen wirtschaftspolitischen Entscheidungen läßt sich häufig nicht bereits dem Wortlaut oder dem Sinnzusammenhang der einzelnen Vorschrift oder der allgemeinen Zielsetzung des GWB entnehmen. Vielfach liegt es daher nahe, die Entstehungsgeschichte der einzelnen Norm zu bemühen, um zu erkennen, welchen konkreten Regelungsbereich der Gesetzgeber bei der betroffenen Regelung im Auge hatte¹⁾.

2. Die unterschiedliche Berufung auf die Gesetzesmaterialien

Eine genaue Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens scheint im vorliegenden Untersuchungszusammenhang, sprich: bei der Definition des Rechtsbegriffs "wesentlicher Wettbewerb" im Sinne des § 22 Abs. 2 besonders notwendig, weil sich gleichermaßen die Befürworter wie die Gegner der Auffassung von einer Sonderstellung des Preiswettbewerbs auf die Gesetzesmaterialien berufen. So verweist z.B. das Bundeskartellamt in seiner Untersagungsverfügung gegen LaRoche darauf, daß der Gesetzgeber, wie sich aus dem Verlauf der Beratungen zum Marktbeherrschungstatbestand des Oligopols § 17 Abs. 2 des Regierungsentwurfs zum GWB von 1957 ergebe, mit dem Oligopolstatbestand auch die Ausnutzung des Fehlens von Preiswettbewerb erfassen wollte, und als Beleg für seine Rechtsansicht, daß der Werbungs-, Informations- und Produktwettbewerb jedenfalls im konkreten Fall die volkswirtschaftlichen Lenkungs- und Kontrollfunktionen des Preiswettbewerbs nicht zu ersetzen vermöge, wird der Ausschuß für Wirtschaftspolitik zitiert²⁾.

1) Der Kartellsenat des BGH hat demgemäß in verschiedenen Entscheidungen der Entstehungsgeschichte der jeweiligen Norm ein großes Gewicht beigemessen, so z.B. WuW/E BGH 655 zu § 104 GWB a.F.; WuW/E BGH 1367 zu § 1 GWB; WuW/E BGH zu § 15 GWB. Demgegenüber sind in der Literatur teilweise kritische und einschränkende Stimmen gegenüber der historischen Interpretation zu vernehmen, so z.B. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 81; ferner Hill, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 173, 175.

2) Vgl. WuW/E BKartA, 1532 f.

Demgegenüber wird geltend gemacht, eine solche Deduktion verkenne den gesetzgeberischen Willen. Zwar werde die Prärogative des Preiswettbewerbs vom Ausschuß für Wirtschaftspolitik angesprochen; hierbei sei jedoch zu beachten, daß vormalis die "vollkommene Konkurrenz" mit der Marktform des Polypols identifiziert worden sei. Daher sei von einem Vorrang des Preiswettbewerbs auch nur dort die Rede, wo der Wettbewerb den Erscheinungsformen des "Nebenleistungswettbewerbs" gegenübergestellt werde. Sobald indes die oligopolistischen Marktformen angesprochen worden seien, sei von einem Vorrang des Preiswettbewerbs nicht mehr die Rede; hier finde sich allein der Hinweis auf die Herstellung eines "workable competition". Was immer man auch unter "workable competition" verstehen möge, eine Prärogative für Preiswettbewerb werde von niemandem darunter verstanden, sondern immer ein Wettbewerb zwischen Unternehmen, der in all seinen Dimensionen zu analysieren und zu beurteilen sei¹⁾.

Dagegen wird - mit Blick auf den zugleich erhobenen Vorwurf, die Ansicht von der besonderen Bedeutung des Preiswettbewerbs verkenne die innovatorische (dynamische) Funktion des Wettbewerbs - aus dem Hause des Bundeskartellamtes repliziert: Das im GWB zugrundeliegende Leitbild des freien Wettbewerbs beinhalte keinen Zielkonflikt zwischen der Funktion des Preiswettbewerbs und den dynamischen Wettbewerbsfunktionen. Wie sich aus der Regierungsbegründung des GWB von 1957 ergebe, erfülle der Wettbewerb seine fortschrittsfördernde Aufgabe erst unter der Voraussetzung eines preislich gesteuerten Marktmechanismus optimal. Der Begriff des wesentlichen Wettbewerbs sei aus dem Schutzzweck des § 22 GWB zu bestimmen, und insoweit sei bereits die erste Gesetzesfassung des Mißbrauchstatbestandes hinreichender Beleg dafür, daß auch ein mißbräuchliches Preisverhalten in den legislatorischen Schutzzweck einbezogen werden sollte²⁾.

1) Vgl. Hoppmann, Preiskontrolle und Als-Ob-Konzept, S. 18; ders., Abgrenzung des relevanten Marktes, S. 116 f.

2) Vgl. Schmidt, Bedeutung des Preiswettbewerbs, S. 310.

II. Der Stellenwert des Preiswettbewerbs bei der Verabschiedung des Oligopolstatbestandes von 1957

1. Das erstmalige Aufgreifen des Oligopolstatbestandes in den Änderungsvorschlägen des Bundesrates von 1954

Geht man auf der Suche nach einer näheren Präzisierung des wesentlichen Wettbewerbs (zwischen Oligopolisten) auf die ersten legislatorischen Verlautbarungen zum "Grundgesetz der Marktwirtschaft" zurück, so geht man zunächst völlig leer aus: Der Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13.6.1952, der in der 1. Legislaturperiode nicht mehr verabschiedet werden konnte¹⁾ und unverändert in die 2. Legislaturperiode eingebracht wurde²⁾, beschränkte die Mißbrauchsaufsicht des § 17 auf Einzelunternehmen. Die Problematik oligopolistischer Märkte wurde nicht angesprochen; programmatisch hieß es insoweit in den allgemeinen Grundsätzen: "Der Feind des freien Wettbewerbs ist das Monopol". Mit der Definition, daß dem Unternehmen ein wesentlicher Wettbewerb nicht gegenübersteht, sollte zum einen die Situation erfaßt werden, daß ein Unternehmen in bezug auf bestimmte Waren oder gewerbliche Leistungen als einziger Lieferant oder Bezieher auftrat; zum anderen war auch jener Fall angesprochen, daß zwar neben diesem Unternehmen noch andere Unternehmen bestanden, die jedoch wegen ihres geringfügigen Marktanteils resp. ihrer völligen Anpassung an die Geschäftspolitik des ersten Unternehmens nicht als wesentliche Konkurrenz angesehen werden konnten³⁾. Die erste Variante erfaßt mithin teilmonopolistische Sachverhalte. Die zweite Variante hatte zwar eine typische Oligopolkonstellation im Auge; da jedoch Normadressat nur das "erste Unternehmen" war, blieb die Regelung auf die Verhaltenskontrolle eines Einzelunternehmens beschränkt⁴⁾.

1) Vgl. BT-Drucksache I/3462.

2) Vgl. BT-Drucksache II/1158, Anlage 2; Gemeinschaftskommentar, S. 1057 ff.

3) Vgl. ebenda, S. 1092.

4) Vgl. Möschel, Oligopolmißbrauch, S. 122.

Explizit angesprochen wurde der Oligopolstatbestand erstmals in den Änderungsvorschlägen des Bundesrates vom 21.5.1954¹⁾; ebenda wurde die Ergänzung des § 17 RegE um einen Absatz 2 mit folgendem Wortlaut vorgeschlagen:

"Als marktbeherrschend gelten auch zwei oder mehrere Unternehmen, zwischen denen aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und die in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen".

Die Einführung dieses Oligopolstatbestandes wurde nicht speziell begründet. Allgemein hieß es nur, daß die von marktbeherrschenden Unternehmen bisweilen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen sowie deren Vorzugsstellung stärker als durch den bisherigen § 17 einer Kontrolle zu unterwerfen seien; dies dürfe aber nicht zu einem übermäßigen staatlichen Dirigismus in innerbetriebliche Verhältnisse, zu einer Lähmung echter Unternehmer- und Forscherinitiative sowie zu keiner Diffamierung führen²⁾. Auch fehlte es an einer näheren Explikation des gesetzlich umschriebenen Oligopolbegriffes, insbesondere der Struktur des Binnenwettbewerbs. Schließlich findet sich kein Wort darüber, in welcher Beziehung der Marktbeherrschungstatbestand zum mißbräuchlichen Verhalten, insbesondere zu dem in Absatz 3 Ziff. 3 inkriminierten Preismißbrauch stehen sollte.

2. Das Erfordernis eines "Zusammenwirkens" in der Stellungnahme der Bundesregierung

Angesichts dieses weitgehenden Schweigens des Bundesrates konnte eine Kritik an seinem Ergänzungsvorschlag nicht ausbleiben. Dies um so weniger, da zu jener Zeit die national-ökonomischen Erkenntnisse zum Oligopolphänomen noch weitgehend ungesichert waren und die juristische Erfassung des Oligopolstatbestandes rechtliches Neuland bildete³⁾. Seitens der wissen-

1) Vgl. BT-Drucksache II/1158, Anlage 2; Gemeinschaftskommentare, S. 1129 ff.

2) Vgl. ebenda, S. 1136.

3) Vgl. Rasch, WuW 1956, S. 3 ff.

schaftlichen Repräsentanten sowie der unmittelbaren Interessenvertreter der industriellen Anbieter (BDI) wurde vornehmlich moniert: Allein die Wettbewerbssituation zwischen zwei oder mehreren Unternehmen habe für sich genommen noch keine Beziehung zum Gefüge der Marktwirtschaft; erst ein bestimmtes subjektives Verhalten, will sagen: ein (bewußtes und gewolltes) Zusammenwirken in gleichförmigem Verhalten, beeinflussen den Markt in relevanter Weise. So sei ein barometrisches Verhalten in Folge von Preis- oder Marktanpassungsvorgängen, die auf Angebot und Nachfrage oder auf Materialknappheit, Lohnerhöhungen und dergleichen beruhten, durchaus marktkonform. Ebenso wenig sei ein Meinungs- und Informationsaustausch zu beanstanden, anläßlich dessen ein Unternehmen erkläre, mit Rücksicht auf die gestiegenen Kosten die Verkaufspreise erhöhen zu müssen. Gehe dieses Unternehmen mit der Preiserhöhung voran und folgten ihm die anderen Unternehmen, so sei dies wettbewerblich nicht zu beanstanden, da die gleichen Gründe vorlägen. Gleichförmiges Verhalten wurde insgesamt für marktkonform gehalten, falls es von der Intention getragen sei, sich der Marktlage anzupassen und sich nicht von den Konkurrenten überflügeln zu lassen. Inkriminiert sollte ein solches Verhalten nur sein, falls die Unternehmen - ohne ökonomische Rechtfertigungsgründe - das gemeinsame Ziel anstrebten, den Markt zum Zwecke der Preiserhöhung zu beeinflussen (Überhöhung des Preisniveaus zu Gunsten der Oligopolisten)¹⁾. Solche Kritik und Gegenvorschläge sind nicht folgenlos geblieben. Sie wurden von den Wettbewerbsexperten des BDI (Ziersch, Riffel) Ende Juli 1954 in die Sachverständigenberatung mit der Bundesregierung eingebracht und seitens der Regierung akzeptiert²⁾.

1) Vgl. das Gutachten von Axster, Das marktbeherrschende Unternehmen im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen; ders., DB 1957, S. 937 ff. Vergleichbare Kritik am Formulierungsvorschlag des Bundesrates wurde freilich auch von "neutralen" Wissenschaftlern geäußert. So stimmt z.B. Rasch, (WuW 1956, S. 3 ff.) weitgehend mit den Ausführungen von Axster überein, wenn er gleiche Preise und Geschäftsbedingungen nicht für ausreichend hält, um einen Markt als oligopolistisch beeinflußt anzusehen, und demgemäß einen Indizienbeweis für das Vorliegen eines "Zusammenwirkens in gleichförmigem Verhalten" fordert.

2) Vgl. Robert, Konzentrationspolitik, S. 263 f.

In dem publizierten Ergebnisprotokoll des Arbeitskreises des BDI und der Bundesregierung heißt es kurz: "Das gleichmäßige Verhalten ohne Zusammenwirken wird also nicht mehr erfaßt, wie dies im Bundesrat-Vorschlag der Fall war. Erfaßt wird nur die auf dem mißbräuchlichen Einsatz der Marktmacht gerichtete oligopolistische Wettbewerbsbeschränkung, die ohne formelle oder informelle Vereinbarung unter den Oligopolisten zustande kommt"¹⁾. Demgemäß hat sich die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates zwar mit der Aufnahme einer Begriffsbestimmung für Oligopole im § 17 RegE einverstanden erklärt, gegen die Formulierung des Bundesrates jedoch Bedenken geäußert und sich die vom Arbeitskreis erarbeitete Formulierung:

"Als marktbeherrschend im Sinne des Absatz 1 gelten auch zwei oder mehrere Unternehmen, die zusammenwirkend in gleichförmigem Verhalten den Markt wesentlich beeinflussen"²⁾.

zu eigen gemacht. In Zweifel gezogen wurde, ob das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs aus tatsächlichen Gründen mit genügender Sicherheit festzustellen sei. Überdies wurde die Formulierung des Bundesrates auch insoweit für zu weitreichend gehalten, als sie die Interpretation zuließ, daß eine große Anzahl von Unternehmen ("oder mehrere") für den Marktbeherrschungsbegriff zusammengefaßt werden konnten. Um gleichwohl den Wettbewerb auf Oligopolmärkten soweit wie möglich aufrechtzuer-

1) Sölter, WuW 1954, S. 734.

2) BT-Drucksache II/1158, Anlage 3; Gemeinschaftskommentar, S. 1149 ff.

halten, wurde ein Eingriffsrecht in den Fällen des "Zusammenwirkens" vorgeschlagen¹⁾.

- 1) Angesichts dieser Formulierung blieb unklar, wie ein solches Zusammenwirken von den in § 1 erfaßten Verträgen abzugrenzen war. Ebenso unklar blieb, wie sich bei dieser Formulierung der Marktbeherrschungstatbestand von dem zusätzlichen Erfordernis des konkreten Mißbrauchsverhaltens unterscheiden sollte. Die Ansicht von Beise (Der Oligopolmißbrauch des § 22 Absatz 2), bereits ein gleichförmiges Verhalten bilde den Anknüpfungspunkt für eine kartellrechtliche Intervention, wird von der Begründung der Bundesregierung nicht gedeckt.
- Schon frühzeitig manifestierte sich mithin jenes Dilemma, das mit aller Deutlichkeit anläßlich der 3. Kartellrechtsnovelle bedeutsam werden sollte: die Erfassung des faktischen Parallelverhaltens infolge oligopolistischer Reaktionsverbundenheit (als Indiz einer Marktbeherrschung qua Marktstruktur) sowie die Abgrenzung dieser marktstrukturellen Gleichpreisigkeit von den verschiedenen Formen der Verhaltenskoordination (zivilrechtlicher Kartellvertrag, Gentlemen-Agreement, abgestimmtes Verhalten). Beispielfür die bereits zu jener Zeit anzutreffende Unsicherheit stehen die Ausführungen von Rasch: Nach seiner zunächst vertretenen Ansicht verwischt der Begriff des "Zusammenwirkens" vollständig den Unterschied gegenüber dem Markteinfluß aufgrund vertraglicher Abreden und in Kritik an den Vorschlägen des Arbeitskreises und damit der Bundesregierung wird darauf verwiesen, daß es ein hoffnungsloses Unterfangen sei, oligopolistischen Unternehmen ein "Zusammenwirken in gleichförmigem Verhalten" nachzuweisen (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22.1.1955). Ein Jahr später sind es zwei Momente, die nach seiner Ansicht den Oligopolbegriff kennzeichnen: Zum einen (objektiv) eine einigermaßen gleichgerichtete Geschäftsgebarung, insbesondere die Innehaltung eines "konventionellen Preises", zum anderen (subjektiv) ein gewisser "Korpsgeist", der das Verhalten der Beteiligten leitet, und beide Charakteristika kommen nach seiner nunmehr gewandelten Meinung in der Definition des Arbeitskreises sowie der Bundesregierung angemessen zum Ausdruck (WuW 1956, S. 3 ff., S. 12 f.). - Zur Erfassung des Oligopols in den Änderungsvorschlägen des Bundesrates sowie der Stellungnahme der Bundesregierung, insbesondere zur Frage, wie ein marktbeherrschendes Oligopol gegenüber dem Kartell bzw. der Kartellumgehung abzugrenzen ist, vgl. ferne Ohm, WuW 1955, S. 20 ff.

3. Die Kontroverse um eine objektive oder subjektive Fassung
des Oligopolstatbestandes im Ausschuß für Wirtschaftspolitik
sowie die endgültige Fassung

Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik nahm sich im Februar 1956 des Problems der marktbeherrschenden Unternehmen an.

Vergleichsweise leicht fiel es den Parlamentariern, Konsens darüber zu erzielen, daß Monopole und Quasimonopole zur Gruppe der marktbeherrschenden Unternehmen zählen sollten¹⁾. Bezüglich der ökonomischen Einschätzung und rechtlichen Behandlung marktbeherrschender Oligopole war man unterschiedlicher, ja konträrer Auffassung. dies kommt bereits in der ambivalenten Kompromißdiktation des Generalberichts des Abgeordneten Hellwig zum Ausdruck²⁾. Einerseits ist dort zu lesen, daß das Wachstum von Großunternehmen "durchaus das Ergebnis eines echten Wettbewerbs sein (kann), in dem der leistungsfähigere Wettbewerber durch Vorsprung in Preis und Leistung einen erheblichen Marktanteil errungen hat"³⁾. Zugleich wird jedoch festgestellt, daß - unabhängig von Leistung und Preis - allein die Kapitalkraft (und dadurch bedingt Rationalisierungsvorsprünge und Werbungsvorteile) "wesentlich zur Vergrößerung des Marktanteils auf Kosten der vielleicht nicht leistungsschlechteren aber finanzschwächeren Konkurrenten führen (kann)"⁴⁾. Diesen "leistungswidrigen Einfluß" glaubte man durch eine entsprechende Gestaltung des Steuer-, Gesellschafts- und Werberechts möglichst wettbewerbsneutral einzuschränken.

Eine völlige Ausklammerung des "schwierigen" Oligopolproblems wurde nicht für gut geheißen. Letztlich entschied man sich für eine Mißbrauchsaufsicht, weil das Oligopol als ungleichgewichtige Marktform angesehen wurde, die strukturell

1) Vgl. Robert, Konzentrationspolitik, S. 306.

2) Vgl. Schriftl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drucksache II/3644, C2; Gemeinschaftskommentar, S. 1156 ff.

3) Vgl. Gemeinschaftskommentar, S. 1166.

4) Ebenda.

("gleichsam von selbst", ohne Absprachen) zu einer Gleichförmigkeit des Verhaltens vor allem in der Preisstellung tendiere. Nach Ausschaltung des Preiswettbewerbs, der gemieden werde, weil kein Oligopolist die Eröffnung eines gewöhnlich mit schwerem Verlust für alle Beteiligten verbundenen Preiskampfes wage, verlagere sich der Wettbewerb auf die Surrogat- und Nebenformen des Wettbewerbs (z.B. Serviceleistungen, Reklame- und Verpackungswettbewerb, Produktdifferenzierung). Eine Restitution des vollständigen Wettbewerbs schien beim Oligopol unmöglich, eine Überführung in ein Monopol nur in den seltensten Fällen möglich und wünschenswert. Als Ausweg blieb daher nur die Mißbrauchsaufsicht in einem gesetzlich begrenzten Rahmen, um "unter Umständen die Marktverhältnisse in einer für die Beteiligten akzeptablen Weise zu regeln"¹⁾. Diese vorsichtigen und ambivalenten Kompromißformeln, die letztlich die Mehrheit der Ausschußmitglieder für eine grundsätzliche Einbeziehung der Oligopolmärkte in die Mißbrauchsaufsicht votieren ließ, signalisieren bereits, daß die konkrete wettbewerbsrechtliche Fassung des Oligopoltatbestandes umstritten war. Die Meinungskontroversen betrafen vornehmlich das Problem, ob für den Oligopolbegriff (in Übereinstimmung mit dem Vorschlag des Bundesrates) objektive Merkmale konstituierend sein sollten oder ob weitergehend (in Übereinstimmung mit dem Vorschlag des Arbeitskreises Kartellrecht sowie der Bundesregierung) eine bewußte Ausnutzung der Marktsituation entscheidend sein sollte. In der Sitzung vom 9.2.1956 wurde der Antrag des Abgeordneten Kurlbaum (mit 14 zu 13 Stimmen) angenommen, den § 17 Abs. 2 wie folgt zu formulieren:

"Als marktbeherrschend gelten auch zwei oder mehrere Unternehmen,

- a) zwischen denen aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht, oder
- b) die in gleichförmigem Verhalten den Markt wesentlich beeinflussen"²⁾.

1) Ebenda, S. 1167.

2) Kurzprotokoll der 99. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des 2. Dt. Bundestages vom 9.2.1956, amtliche Materialien zum GWB 748, S. 2, zit. n. Robert, Konzentrationspolitik, S. 306.

Im weiteren Verlauf der Ausschlußberatungen, die von April 1956 bis Januar 1957 stagnierten¹⁾, wurde u.a. zur Diskussion gestellt, den Oligopolatbestand durch Einfügung der Worte "insbesondere einen Preiswettbewerb" nach den Worten "ein wesentlicher Wettbewerb" zu präzisieren. Eine solche Änderung wurde jedoch letztlich für überflüssig gehalten, da der Preis und die Qualität zweifellos die Hauptmerkmale eines Wettbewerbs seien, der Wettbewerb sich aber auch in anderen Faktoren niederschlagen könne. Nachdem der Ausschuß einmütig seine Meinung bekundet hatte, daß sowohl der Preis- wie auch der Qualitätswettbewerb entscheidende Merkmale eines wesentlichen Wettbewerbs seien, wurde der Antrag zurückgezogen²⁾.

Letztlich wurde die zweite Alternative der Oligopoldefinition ("oder die im gleichförmigen Verhalten den Markt wesentlich beeinflussen") gestrichen, und die erste Alternative ("zwischen denen aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht") wurde - versehen mit einer ergänzenden Klarstellung des gegenständlichen und räumlichen Bezugssystems ("für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten") - verabschiedet. Der Ausschuß war der Auffassung, daß weder die objektive noch die subjektive Fassung des Oligopolatbestandes für sich genommen befriedigten. Gegen die subjektive Definition im Änderungsvorschlag der Bundesregierung wurde insbesondere eingewandt: Der Fall des "bewußten Zusammenwirkens" werde bereits durch § 1 erfaßt; daher bedürfe es im Rahmen des Marktbeherrschungstatbestandes nicht einer nochmaligen Berücksichtigung. zwischen den oligopolistischen Unternehmen brauche keine willensmäßige Verständigung vorzuliegen, erst recht nicht eine solche mit rechtsgeschäftlichem Bindungscharakter im Sinne des § 1. Angesprochen sei jener Sachverhalt, daß "auf einem oligo-

1) Zu den Hintergründen vgl. ebenda S. 309 ff.

2) Vgl. Kurzprotokoll der 161. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, 21. Ausschuß, 2. Wahlperiode, vom 23.2.1957, S. 4.

polistischen Markt tatsächlich kein Wettbewerb mehr vorhanden ist und die auf diesem Markt tätigen Unternehmen in ihrer Gesamtheit wie ein Monopolist handeln¹⁾.

4. Zur Unmöglichkeit einer eindeutigen Bestimmung des gesetzgeberischen Willens

a) Die inhaltlich unbestimmte Ergänzungsfunktion des Oligopolstatbestandes gegenüber dem Kartellverbot

Der Versuch, den Begriff des "wesentlichen Wettbewerbs" zwischen Oligopolisten aus den Materialien zum GWB von 1957 zu rekonstruieren, führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Zwar ist der Gesetzgeber bei der allgemeinen Bestimmung des Wettbewerbsbegriffes von der Prärogative des Preiswettbewerbs ausgegangen und hat die anderen Aktionsparameter, insbesondere die nichtpreislichen Marketingaktivitäten als "minderwertige" Surrogat- und Nebenformen des Wettbewerbs abgetan. Diese prinzipielle Bekenntnis zur zentralen Steuerungsfunktion des Preises wurde aber bei der konkreten Definition des marktbeherrschenden Oligopols aber nicht "konsequent" durchgehalten:

aa) Erfassung des "klassischen" Kartellvertrages sowie des Gentlemen Agreement

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich mit der methodisch notwendigen Deutlichkeit lediglich eine Ergänzungsfunktion des Oligopolstatbestandes gegenüber bestimmten Formen koordinierten Verhaltens. Die Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses für Wirtschaftspolitik hat gesehen, daß der Definitionsvorschlag des Arbeitskreises Kartellrecht resp. der Bundesregierung ("zusammenwirkend in gleichförmigem Verhalten") die Grenzlinien zwischen dem "klassischen" Kartellvertrag und dem Oligopolstatbestand zu verwischen drohte. Ein gleichförmiges Verhalten, insbesondere eine Gleichpreisigkeit, die auf einen "echten" Kartellvertrag mit rechtsgeschäftlichem Bindungscharakter

1) BT-Drucksache II/3644, Abs. IV "Marktbeherrschende Unternehmen (§§ 17-19)", Berichterstatter: Illerhaus, zu § 17; Gemeinschaftskommentar, S. 1190.

oder auf ein faktisch verbindliches Gentlemen-Agreement zurückzuführen war, sollte durch § 1 erfaßt werden¹⁾.

bb) Keine Erfassung der abgestimmten Verhaltensweisen

Zweifelhaft war indes, ob unter dem Kartelltatbestand auch die (weder rechtlich noch faktisch bindende) Koordinationsform des abgestimmten Verhaltens subsumiert werden konnte. Die gesetzgeberischen Motive geben hierauf keine eindeutige Antwort: Für eine extensive Interpretation des Vertragsbegriffs im Sinne des § 1 sprechen prima vista die vom wirtschaftspolitischen Ausschuß im Zusammenhang mit dem Oligopolstatbestand verwandten Termini (z.B. "der Fall des bewußten Zusammenwirkens (wird) bereits durch § 1 GWB erfaßt"). Andererseits befaßt sich die Regierungsbegründung zu § 1 mit der Zulässigkeit von kartellrechtsfreien Mitteilungen und Empfehlungen und damit in indirekter Weise auch mit dem Phänomen des abgestimmten Verhaltens; diese Ausführungen sind nicht frei von Widersprüchen:

"§ 1 erfaßt auch nicht Mitteilungen, durch die Unternehmen sich gegenseitig ihre Erfahrungen, Ansichten, ja selbst ihre Preise bekanntgeben. Doch liegt gerade hier die Gefahr einer Umgehung durch sog. Gentlemen Agreements nahe. Sie sind meist echte, nach § 1 zu beurteilende vertragliche Verpflichtungen. Ihr Charakter als Kartellvereinbarung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beteiligten sich darüber einig sind, aus einer Zuwiderhandlung gegen die Vereinbarungen privatrechtliche Ansprüche wegen Vertragsverletzung nicht geltend zu machen"²⁾.

"Klarstellend" formuliert: Gegenseitige Mitteilungen u.a. sollten nicht unter § 1 fallen. Sie sollten aber zu einer Umgehung (?) von § 1 in der Form von Gentlemen Agreements, d.h. meist echten (?) vertraglichen Verpflichtungen führen. Diese sollten auch dann als Kartellvereinbarungen qualifiziert werden können,

1) Vgl. BT-Drucksache II/1158, Begründung zu § 1, Ziff. 6; Gemeinschaftskommentar, S. 1177; zur Einbeziehung der Gentlemen-Agreements in den Anwendungsbereich der §§ 1, 38 Abs. 1 seitens der Judikatur: WuW/E BGH 495 ("Putzarbeiten"); WuW/E BGH 602/604 ("Schiffspumpen"); OLG Celle WuW/E OLG 772/775 ("Naturstein"); KG, WuW/E OLG 1015 ("Teerfarben").

2) BT-Drucksache II/1158, Begründung zu § 1, Ziff. 6; Gemeinschaftskommentar, S. 1077.

wenn die Parteien keine (!) Rechtspflichten begründen wollten. Angesichts dieser wenig stringenten Argumentationskette spricht einiges dafür, bezüglich des abgestimmten Verhaltens eine Ergänzungsfunktion des § 1 zu verneinen¹⁾.

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob der Gesetzgeber bezüglich der abgestimmten Verhaltensweisen im Jahre 1957 überhaupt eine politische Grundentscheidung in Kenntnis ihrer Tragweite getroffen hat. Auch für ein subsidiäres Eingreifen des § 22 Abs. 2, demzufolge bei dieser Koordinationsform auf jeden Fall ein fehlender wesentlicher Binnenwettbewerb sowie ein mißbräuchliches Verhalten anzunehmen wäre, finden sich keine Belege. Nicht zuletzt der Kompromißcharakter des Gesetzes, die ungesicherten nationalökonomischen Erkenntnisse zu jener Zeit sowie das Faktum, daß das Phänomen des abgestimmten Verhaltens infolge der vormals vorherrschenden Marktstrukturen in der BRD noch keine praktische Bedeutung erlangt hatte, sprechen dafür, daß das Problem insgesamt von den politischen Akteuren mehr oder weniger bewußt ausgeklammert worden ist.

b) Regelungsoffenheit bezüglich der faktischen Gleichpreisigkeit

Ebensowenig geben die Motive eine eindeutige Antwort auf die Frage, ob bereits bei einer faktischen Gleichpreisigkeit, die der oligopolistischen Marktstruktur (Reaktionsverbundenheit) geschuldet ist, das Vorliegen wesentlichen Wettbewerbs zu

1) Für eine Gleichstellung von Kartellvertrag und abgestimmtem Verhalten bei der Auslegung von § 1 vgl. Büttner, WuW 1971, S. 690, 705 ff., Martens, JuS 1971, S. 459 Fn. 40, Willoweit, NJW 1971, S. 2047 Fn. 6; nicht eindeutig Raiser, JZ 1971, S. 395; anderer Ansicht z.B. Kersten, WuW 1972, S. 79 sowie Jäger, Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 GWB, S. 11 ff., 26 f. (m.w. Nachw.); für die Möglichkeit einer Einbeziehung des abgestimmten Verhaltens zunächst (vor der Teerfarben-Entscheidung) scheinbar auch der BGH, indem er in WuW/E BGH 369/371 ("Kohlenplatzhandel") ausführt: "Würde erwiesen, daß diese (die Empfänger der verbotenen Empfehlung) auf die Empfehlung hin mit dem Empfehlenden oder untereinander ein gleichförmiges Verhalten abgestimmt haben, so wird darin schon eine verboteswidrige vertragliche Absprache (§ 1 GWB) gefunden und deren Innehaltung unmittelbar nach § 38 I GWB geahndet werden können."

verneinen ist und die Oligopolgruppe daher als marktbeherrschend gelten soll¹⁾.

Zwar begründete der Ausschußvorsitzende Hellwig in seinem Generalbericht die Einbeziehung der Oligopolunternehmen mit den Argumenten, diese Unternehmen könnten durch übereinstimmendes Verhalten, vor allem Preisstellung die Marktverhältnisse wesentlich beeinflussen; häufig ergebe sich eine Gleichförmigkeit (ohne vertragliche Absprachen) gleichsam von selbst, und nach Tabuisierung des Preiswettbewerbs sei zumeist ein Ausweichen auf nichtpreisliche Aktionsparameter auszumachen. Dieses generelle Plädoyer für eine "Ausübung staatlicher Eingriffsbefugnis in einem vom Gesetzgeber abgesteckten Rahmen"²⁾ wird jedoch in der speziellen Begründung zum Oligopolatbestand nicht mehr stringent aufrechterhalten. Gegen eine Identifikation von Gleichpreisigkeit und fehlendem wesentlichen Wettbewerb spricht, daß in der endgültigen Fassung des Oligopolatbestandes auf die vorübergehend beabsichtigte alternative Zusatzdefinition "oder die im gleichförmigen Verhalten den Markt wesentlich beeinflussen" verzichtet worden ist; auch die Verwendung des normativen Tatbestandsmerkmals "wesentlich" indiziert, daß wohl zu keiner Zeit ein gleichförmiges Verhalten ausreichend sein sollte, um Oligopolunternehmen als marktherrschend anzusehen. Insbesondere die Tatsache, daß im wirtschaftspolitischen Ausschuß neben der subjektiven Fassung (so

1) Zum Gruppenbewußtsein im Oligopol vgl. statt vieler Zohlhoffer, Wettbewerbspolitik im Oligopol, S. 30 f., 201 ff.; Seitz, Preisführerschaft im Oligopol (mit einer Analyse der verschiedenen Arten von Preisführerschaften); weitere Nachweise bei Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 358 (zur "barometrischen", eine Anpassung an die veränderten Bedingungen vollziehender Preisführerschaft). Auch Heuss (NJW 1972, S. 11 f.) akzeptiert grundsätzlich die in der oligopolistischen Marktstruktur gründende Reaktionsverbundenheit, wenn er für das Parallelverhalten auf oligopolistischen Märkten drei mögliche Gründe benennt (Marktzwang, vorherige Absprache, spontane Anpassung aufgrund paralleler Interessen).

2) BT-Drucksache II/3644, C2; Gemeinschaftskommentar, S. 1166.

der Formulierungsvorschlag der Bundesregierung sowie des Arbeitskreises Kartellrecht) auch die objektive Fassung des Oligopolstatbestandes (so der Vorschlag des Bundesrates) erörtert worden ist und beide Vorschläge "für sich genommen" nicht zu überzeugen vermochten¹⁾, mithin auch nicht die objektive Fassung, spricht dagegen, daß bereits faktische, in der oligopolistischen Marktstruktur gründende Preisgleichheit ausreichend sein sollte, um das Vorliegen eines wesentlichen Wettbewerbs zu bejahen; bei solcher Interpretation würden potentiell alle Oligopolunternehmen bei homogenen Waren einer Mißbrauchsaufsicht unterstellt - eine Konsequenz, die vom Gesetzgeber augenscheinlich nicht gewollt war. Auch bei vollständiger Konkurrenz sind die Preise aller Anbieter bekanntlich gleich. Um ein gleichförmiges Verhalten als spezifischen Ausdruck eines besonderen Gefährdungstatbestandes anzusehen, mußte noch etwas hinzukommen. Worin dieses weitere Zusatzerfordernis bestehen sollte, darüber schweigen sich die Gesetzesmaterialien aus. Nur hinsichtlich der negativen Abgrenzung waren sich die Parlamentarier einig: Die rechtsgeschäftlich oder faktisch bindenden Vereinbarungen des "klassischen" Kartellvertrages sowie des Gentlemen Agreement konnten es nicht sein; diese wurden bereits durch § 1 erfaßt.

c) Keine Präzisierung des Oligopolstatbestandes im Konzept des "workable competition"

Auch der abschließende Hinweis des Ausschußvorsitzenden Hellwig, Ziel aller wirtschaftspolitischen Maßnahmen gegenüber oligopolistischen oder zum Oligopol neigenden Marktformen sei stets die Erhaltung oder die Herstellung eines Mindestmaßes an Wettbewerb, eines Wettbewerbs etwa, wie er in den USA als "workable competition" bezeichnet werde²⁾, bringt hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Erfassung des marktbeherrschenden Oligopols keine hinreichende Präzision. Er meint lediglich den

1) Vgl. BT-Drucksache II/3644, Abs. IV, "Marktbeherrschende Unternehmen (§§ 17-19)", Berichterstatter: Illerhaus, zu § 17, Gemeinschaftskommentar, S. 1190.

2) Vgl. BT-Drucksache II/3644, C2, Gemeinschaftskommentar, S. 1167.

bereits zu jener Zeit von einigen amerikanischen Wettbewerbstheoretikern unternommenen Versuch, ausgehend von der Kritik am Modell der vollkommenen Konkurrenz ein wirklichkeitsnäheres und der Dynamik des Wettbewerbs adäquates Leitbild zu entwickeln¹⁾.

Angesichts des vormaligen Entwicklungsstandes, der unterschiedlichen Methoden sowie entsprechend divergierender Detaillierungsergebnisse kann in dem Verweis "workable competition" sowie auf das Postulat der "Herstellung eines Mindestmaßes an Wettbewerb" keine exakte, juristisch operationale Interpretationslinie gesehen werden. Speziell im Hinblick auf den im vorliegenden Untersuchungszusammenhang interessierenden Stellenwert des Preisparameters im Oligopol enthielten die "rea-

1) Realitätsnäher sollte es insbesondere sein, um als adäquate Beurteilungsgrundlage für die in entwickelten Volkswirtschaften am häufigsten anzutreffenden Marktformen monopolistischer und oligopolistischer Konkurrenz dienen zu können. Insofern wurden Marktmachtpositionen, die durch ein innovatives Verhalten der Unternehmen in dynamisch-ungleichgewichtigen Wettbewerbsprozessen entstanden, wegen ihrer positiven Auswirkungen auf den ökonomischen Fortschritt als vertretbar oder sogar erwünscht hingestellt, solange die Machtpositionen lediglich temporärer Natur waren, mithin durch Aktionen und Gegenaktionen des imitierenden Wettbewerbs immer wieder bedroht, abgebaut und überflügelt wurden. Aufgestellt wurde ein allgemeingültiger Katalog spezifischer Merkmale, aus denen man wettbewerbspolitisch positiv oder negativ einzuordnende Marktverhältnisse glaubte ableiten zu können. In dem Bemühen, die unter den Bedingungen der Realität wünschenswerten Wettbewerbsformen zu erkennen, wurde zumeist eine Kausalität zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis angenommen und den drei Merkmalsgruppen wurden jeweils bestimmte Wettbewerbskriterien zugeordnet (z.B. Zahl, Größe, Marktanteile zur Marktstruktur, Rivalitätsneigung, bevorzugte Aktionsparameter zum Marktverhalten, Güterpreise, technischer Fortschritt zum Marktergebnis). Im Detail gingen freilich die Meinungen darüber auseinander, welchen Testkategorien der Vorrang einzuräumen war: Einige Autoren berücksichtigten nur Marktergebnisnormen, nur Verhaltens- oder Strukturnormen; andere Wissenschaftler wiederum präferierten bestimmte Kombinationen (z.B. von Struktur- und Verhaltensnormen, Struktur- und Ergebnisnormen). Nicht zuletzt wurde teilweise völlig darauf verzichtet, alle potentiellen Marktkonstellationen zu analysieren; statt dessen konzentrierte man sich von vornherein auf die Klassifikation von Märkten, die als repräsentativ für die Wirklichkeit angesehen wurden. Vgl. im einzelnen Bartling, Leitbilder der Wettbewerbspolitik, S. 20 ff.; Kantzenbach, Kallfass, Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs - workable competition, S. 104 ff.

listischen" Theorieansätze keine eindeutigen Voten, etwa in dem Sinne, daß bei Fehlen eines intensiven Preiswettbewerbs der Wettbewerb als "nicht funktionsfähig" anzusehen sei.

Im Gegenteil: Teilweise wurde bei einer oligopolistischen Marktstruktur mit wenigen Anbietern, die bei hoher Markttransparenz Standardprodukte anbieten, ein völliges Erliegen des Preiswettbewerbs konstatiert und das Hinzutreten weiterer monopolistischer Elemente (z.B. eine gewisse Produktdifferenzierung oder eine unvollkommene Markttransparenz) als wettbewerbsfördernd bezeichnet, da mit zunehmender Produktheterogenität bzw. Ungewißheit über das Verhalten der Konkurrenten die Neigung sowie die Möglichkeit zum Parallelverhalten angeblich abnahm¹⁾. Ob der Wettbewerb in einzelne Aktionsparameterwettbewerbe aufgespalten und die Kompetitivität der einzelnen Parameter separat beurteilt werden kann, ob die Wirksamkeit einzelner Parameter saldiert werden kann, ob zur Beurteilung von Marktmacht eine Selektion von Parametern hinreichend ist, ob der Parameter Preis eine Prärogative genießt, wie im Einzelfall der innovatorische Wettbewerb mit neuen Produkten zu beurteilen ist - auf all diese Fragen geben die in den USA vormals anzutreffenden Theorieansätze unterschiedliche Antworten. Der einschlägige Hinweis des wirtschaftspolitischen Ausschusses hat daher nur den globalen Stellenwert einer Versöhnung der Theorie mit der Realität, sei es, daß die Parlamentarier das Modell der vollständigen Konkurrenz zwar noch als ideales Referenzsystem ansahen, seine wirtschaftspolitische Relevanz indes auf oligopolistischen Märkten als sehr gering einschätzten, sei es, daß bereits bei der Verabschiedung des GWB im Jahre 1957 das Konzept eines "workable competition" als eine den Zielen der Wettbewerbspolitik weitgehend entsprechende Lösung betrachtet wurde.

1) So z.B. Clark, Zum Begriff eines funktionsfähigen Wettbewerbs, S. 143 f.

III. Die Aussagefähigkeit der Novellierung des Oligopolstatbestandes von 1973

1. Überblick über die wechselvolle Entstehungsgeschichte

a) Von der Novellierung 1965 bis zu den Marktanteilsvermutungen in den Referentenentwürfen von 1970

Verfolgt man die weitere Entwicklung des Oligopolstatbestandes, so stößt man im Rahmen der Reformbemühungen zur ersten Kartellrechtsnovelle zunächst auf den Entwurf der SPD-Fraktion zur Änderung des GWB vom 9.6.1964, der außer einer (umfangreichen) beispielhaften Mißbrauchskonkretisierung auch eine Definition des wesentlichen Wettbewerbs vorsah; in Absatz 3, der gleichermaßen für ein marktbeherrschendes Einzelunternehmen wie für Oligopolunternehmen gelten sollte, war bestimmt, daß ein wesentlicher Wettbewerb nicht vorlag, falls der Wettbewerb weder in Preis- noch in Qualitätsunterschieden in Erscheinung trat¹⁾. Dieser Entwurf der SPD-Fraktion wurde vom Wirtschaftsausschuß mit der Begründung verworfen, daß die Grundlagen des geltenden Kartellrechts unangetastet bleiben sollten; Änderungen sollten allein dem Ziel dienen, das Gesetz wirksamer als in der Vergangenheit anzuwenden²⁾. Demgemäß begnügte man sich im Rahmen des Marktbeherrschungstatbestandes mit der Billigung einer generalklauselartigen Fassung des Mißbrauchsverhaltens, wie sie bereits von der Regierung im Änderungsentwurf vom 18.9.1964 vorgesehen war³⁾. In dieser Form wurde § 22 dann am 1.1.1965 in Kraft gesetzt⁴⁾.

Im Rahmen der Vorarbeiten für eine 2. Kartellrechtsnovelle ist von den zunächst diskutierten (unveröffentlichten) Konzepten lediglich der Entwurf vom 7.5.1968 in gewisser Weise aussagefähig⁵⁾. Unter dem erweiterten Marktbeherrschungstatbe-

1) Vgl. BT-Drucksache IV/2337.

2) Vgl. BT-Drucksache IV/3533, S. 3.

3) Vgl. BT-Drucksache IV/3533, S. 5.

4) Vgl. BGBI. I 1965, S. 1363.

5) Vgl. hierzu Möschel, Oligopolmißbrauch, S. 127 f.

stand sollte auch ein Unternehmen rubriziert werden, das in der Lage war, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen wesentlich zu beeinflussen, wobei beispielhaft an das Phänomen der Preisführerschaft gedacht wurde¹⁾. Angesichts des bevorstehenden Endes der Legislaturperiode (1969) sowie nicht auszuräumender Meinungskontroversen in der Frage der Preisbindung wurden die Pläne zu einer 2. Novellierung des GWB vorübergehend fallengelassen.

Eine Reform des Marktbeherrschungstatbestandes wurde zu Beginn des Jahres 1970 erneut angegangen; speziell unter dem Gesichtspunkt des Oligopolbezuges ist hier zunächst der Referentenentwurf vom 20.3.1970 aufschlußreich²⁾. U.a. war vorgesehen, den Oligopolstatbestand um eine Marktanteilsvermutungsregel zu ergänzen, da § 22 Abs. 2 - so die recht dürftige Begründung - angesichts der oligopolistischen Struktur gewichtiger Märkte große praktische Bedeutung habe³⁾. Während für Einzelunternehmen eine solche Marktanteilsvermutung aufgrund der Erwägung, daß sie in ihrer vorstoßenden Phase vorübergehend leicht einen hohen Marktanteil erlangen könnten und gleichwohl einem wesentlichen Wettbewerb (z.B. imitatorischer Konkurrenten) ausgesetzt seien, abgelehnt wurde, erschien eine derartige Vermutung beim marktbeherrschenden Oligopol für vertretbar⁴⁾.

Der Referentenentwurf vom 28.10.1970⁵⁾ hielt an der Marktanteilsvermutung für Oligopole fest⁶⁾. In der Begründung

1) Vgl. ebenda, S. 128.

2) Vgl. BMWi. - IB 5 - 221353 vom 20.3.1970.

3) Vgl. ebenda, S. 75.

4) Vgl. ebenda, S. 54.

5) Vgl. BMWi. - IB 5 - 221353 vom 28.10.1970.

6) Hinsichtlich des marktbeherrschenden Einzelunternehmens brachte der Entwurf hingegen zwei Neuerungen: Zum einen wurde das Einzelunternehmen durch eine Vielzahl von Marktstrukturmerkmalen (Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen etc.) beispielhaft konkretisiert. Zum anderen wurde erstmals eine Marktanteilsvermutung eingeführt, die vorsah, daß ein Unternehmen als marktbeherrschend anzusehen war, falls es einen Marktanteil von mindestens 40% und keiner seiner Konkurrenten einen Marktanteil von mehr als 10% hatte.

heißt es nunmehr, die zentrale Problematik des Oligopolstatbestandes liege in dessen Innenverhältnis. Unternehmen, die unter den gleichen Voraussetzungen auf einem transparenten Markt tätig seien, würden vielfach die Verständigung suchen. Falls vier oder weniger Unternehmen einen Marktanteil von jeweils mindestens 10 v.H. und zusammen mindestens 60 v.H. hätten und kein anderes Unternehmen auf diesem Markt einen Anteil von mehr als 10 v.H. habe, sei mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer Marktbeherrschung der Oligopolgruppe auszugehen¹⁾.

b) Die Gleichpreisigkeitsvermutung im Regierungsentwurf von 1971

Der Regierungsentwurf vom 18.8.1971²⁾ brachte bezüglich des Oligopolstatbestandes eine völlig neue Konzeption. Von der Marktanteilsvermutung wurde abgegangen; sie wurde ersetzt durch eine Gleichpreisigkeitsvermutung; in § 22 Abs. 2 S. 2, sollte es heißen:

"Es wird vermutet, daß die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen, wenn die Unternehmen sich beim Fordern oder Anbieten von Preisen über einen längeren Zeitraum hinweg gleichförmig verhalten".

Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß sich Oligopolunternehmen regelmäßig über einen längeren Zeitraum hinweg gleichförmig verhielten, vor allem ihre Preise zur gleichen Zeit und in gleichem Umfang erhöhen würden³⁾. In einem solchen Falle könne mit großer Wahrscheinlichkeit von einer Marktbeherrschung im Sinne des § 22 Abs. 2 S. 1 ausgegangen werden. Eine Verhaltenskoordination ohne vertragliche Bindung im Sinne des § 1 werde regelmäßig nur einer begrenzten Anzahl von Unternehmen möglich sein. Die Ausdehnung der Gleichpreisigkeitsvermutung auf das Außenverhältnis ergebe sich aus der Erwägung, daß eine Unternehmensgruppe nur dann auf einem Markt gleichförmig agieren könne, wenn sie insgesamt über einen relativ großen

1) Vgl. BMWi - IB 5 - 221353 vom 28.10.1970, S. 86 ff.

2) Vgl. BT-Drucksache VI/2520.

3) Vgl. ebenda, S. 23.

Verhaltensspielraum oder eine relativ große Unabhängigkeit gegenüber potentiellen Außenseitern verfüge. Bei der Beurteilung des Preisverhaltens im Sinne des neuen § 22 Abs. 2 S. 2, so heißt es klarstellend, sei auch die Rabattgestaltung zu berücksichtigen¹⁾.

- 1) Vgl. BT-Drucksache VI/2520, S. 24. Des weiteren ist in der Regierungsbegründung zu lesen: "§ 22 Abs. 2 regelt die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Oligopole. Die Vorschrift hat große praktische Bedeutung, da zahlreiche gewichtige Märkte Oligopolcharakter haben. Für die Beurteilung des Außenverhältnisses, d.h. der Frage, ob mehrere Unternehmen in ihrer Gesamtheit marktbeherrschend sind, gelten die gleichen Gesichtspunkte wie für die Beurteilung des einzelnen Marktbeherrschers. Der geltende § 22 Abs. 2 GWB nimmt daher insoweit auf Abs. 1 Bezug. Die eigentliche Problematik des Oligopolstatbestandes liegt im Innenverhältnis". (ebenda, S. 23). Auf eben diese Textstelle beruft sich das KG in seinem Beschluß vom 24.8.1978 (WuW/E OLG 2053, 2058) ("Valium") zur Begründung seiner Rechtsansicht, daß von einem Fehlen wesentlichen Wettbewerbs im Sinne des § 22 Abs. 2 auch dann gesprochen werden könne, wenn die Unternehmen lediglich den Preis nicht als Wettbewerbsmittel einsetzen würden. Auch bezüglich des marktbeherrschenden Einzelunternehmens brachte der Regierungsentwurf eine wesentliche Neuerung: Im Gegensatz zum Entwurf vom 18.10.1970 sollte nunmehr § 22 Abs. 1 S. 2 nicht mehr lediglich eine Verdeutlichung bringen; in Gestalt des Marktbeherrschungsmerkmals "überragende Marktstellung", das durch die übernommenen Marktstrukturmerkmale (Marktanteil, Finanzkraft etc.) umschrieben wurde, sollte vielmehr ein zusätzlicher Normadressat geschaffen werden, der alternativ neben jenen marktbeherrschenden Einzelunternehmen stand, die keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt waren. Ergänzt wurde diese materiell-rechtliche Erweiterung wiederum durch eine Marktanteilsvermutung, die bei einem Marktanteil von mindestens 40 v.H. eingreifen sollte.

c) Die Rückkehr zur Marktanteilsvermutung in der endgültigen Fassung

Im Januar 1973 brachten die Koalitionsfraktionen von SPD und FDP den Regierungsentwurf unverändert in die neue Legislaturperiode¹⁾.

Anläßlich der sich anschließenden Beratungen im Ausschuß für Wirtschaft wurde die Gleichpreisigkeitsvermutung innerhalb des § 22 Abs. 2 wieder aufgegeben, und man kehrte zur Konzeption der Marktanteilsvermutungen der Referentenentwürfe vom 20.3. bzw. 28.10.1970 zurück. Eine Begründung für diesen "Gesinnungswandel" sowie für die konkrete Festsetzung der Marktanteile (drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von mindestens 50 v.H. oder fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von mindestens Zweidrittel) wurde nicht gegeben²⁾.

- 1) Vgl. BT-Drucksache VII/76. Auf diese Weise sollte das Gesetzgebungsverfahren beschleunigt werden, das in der vorangegangenen Legislaturperiode nicht mehr abgeschlossen werden konnte; vgl. Protokolle des Dt. Bundestages, 7. Wahlperiode, 9. Sitzung vom 25.1.1973, stenografische Berichte, S. 275.
- 2) Vgl. Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuß) zu dem von den Fraktionen der SPD/FDP eingebrachten Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB (BT-Drucksache VII/76, Bericht der Abgeordneten Frerichs und Jens, BT-Drucksache VII/765 vom 13.6.1973, S. 2, 6). Bezüglich des marktbeherrschenden Einzelunternehmens mit "überragender Marktstellung" blieb es hingegen, abgesehen von einer Herabsetzung der Marktanteilsgrenzen sowie einer redaktionellen Verdeutlichung dieses Alternativtatbestandes, beim Vorschlag des Regierungsentwurfes vom 18.8.1971. Auch insoweit ist der schriftliche Bericht des Ausschusses für Wirtschaft nicht besonders aussagefreudig. Die Veränderung des § 22 wird lediglich allgemein mit der Erwartung auf eine effektivere Ausgestaltung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen begründet (ebenda, S. 3).

2. Aktueller Erfahrungshintergrund der konzeptionellen Wechselbewegungen

a) Die Unsicherheiten der Gesetzgebungsorgane in der Einschätzung des abgestimmten Verhaltens sowie der faktischen Gleichpreisigkeit

Wenngleich die gesetzgeberischen Motive zu § 22 Abs. 2 wenig dazu angetan sind, die konzeptionellen Wechselbewegungen von der Marktanteilsvermutung zur Gleichpreisigkeitsvermutung und schließlich wiederum zurück zur Marktanteilsvermutung zu erklären, so ist doch der allgemeine Hintergrund dieser "Zick-Zack-Bewegung" relativ eindeutig zu nennen. Abstrakt formuliert: Die Unsicherheit der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe wird einmal verständlich angesichts der vormals heftig umstrittenen Frage, ob die Koordinationsform des abgestimmten Verhaltens de lege lata unter den Kartelltatbestand (§ 1) subsumiert werden konnte oder ob es insoweit eines ermächtigenden Plazets des Gesetzgebers bedurfte. Zum anderen geht es um das bis zum heutigen Tage aktuelle Problem, wie auf oligopolistischen Märkten, denen marktstrukturell eine (kartellrechtlich nicht zu sanktionierende) faktische Gleichförmigkeit (insbesondere Gleichpreisigkeit) eigen ist resp. eigen sein kann, der Nachweis einer Verhaltenskoordination, gleichgültig, ob in der Form des "klassischen" Kartellvertrages, des Gentlemen Agreement oder des abgestimmten Verhaltens, mit der rechtsstaatlich gebotenen Sicherheit erbracht werden kann. Beide Problembereiche wurde zwar bereits in den 50er Jahren gelegentlich in der Wissenschaft diskutiert¹⁾; praktisch bedeutsam wurden sie in der Bundesrepublik aber erst in der zweiten Hälfte der 60er Jahre, konkret: mit dem "berühmt-berüchtigten" Teerfarben-Sachverhalt; und -just die unterschiedlichen Entscheidungen des Bundeskartellamtes, Kammergerichts, Bundesgerichtshofes sowie des Europäischen Gerichtshofes in dieser Angelegenheit sowie die dadurch hervorgerufenen Irritationen der politischen Akteure sind es, die für den legislativen Zick-Zack-Kurs des § 22 Abs. 2 unmittelbar verantwortlich zeichnen.

1) Vgl. z.B. Ohm, WuW 1955, S. 20 ff.; ferner Rasch, WuW 1956, S. 3 ff. (jeweils m.w.Nachw.).

b) Marktanteilsvermutung und "Glaube" an eine extensive Interpretation des Kartelltatbestandes

Als das Bundeswirtschaftsministerium sich in den beiden Referentenentwürfen vom 20.3. und 28.10.1970 unter kurzem Verweis auf die große praktische Bedeutung des § 22 Abs. 2 resp. die zentrale Problematik des oligopolistischen Binnenwettbewerbs für die Einführung einer Marktanteilsvermutung aussprach, lagen die beiden unterschiedlichen Entscheidungen des BKartA (vom 28.11.1968)¹⁾ und des KG (vom 28.6.1969)²⁾ in Sachen Teerfarben vor. Zwar hatte das Gericht bei der Interpretation des § 1 anerkannt, daß eine das Tatbestandsmerkmal "Vertrag" erfüllende Willensübereinstimmung auch ohne Entstehung klagbarer Ansprüche angenommen werden konnte und die Beteiligten lediglich von einer auf außerrechtlichen Faktoren beruhenden Bindungswirkung ausgingen³⁾. Der festgestellte Sachverhalt ergab jedoch nach Auffassung des Gerichts "nicht mit der erforderlichen, an Sicherheit grenzenden, reale Zweifel ausschließenden Wahrscheinlichkeit"⁴⁾, daß die zum gleichen Zeitpunkt und im gleichen Ausmaß vorgenommene Preiserhöhung durch alle betroffenen Unternehmen auf eine Vereinbarung zurückzuführen war. Den Nachweis, daß eine solche Vereinbarung oder eine vertragsähnliche Abstimmung die einzige vernünftigerweise denkbare Erklärung für das Verhalten der Betroffenen darstellte, glaubte das Gericht nicht erbringen zu können⁵⁾.

Die Reaktionen auf diesen Beschluß des Kammergerichts waren insgesamt relativ moderat: Das Bundeskartellamt begrüßte die (vom Generalstaatsanwalt beim KG) eingelegte Rechtsbeschwerde; denn es befürchtete bei einer Wiederholung eines derartigen Beschlusses unüberwindbare Beweisschwierigkeiten bei der Verfolgung gleichartiger oder ähnlicher Maßnahmen marktmächtiger Unternehmen⁶⁾. Der wissenschaftliche Beirat beim

1) Vgl. WuW/E BKartA 1179 ff., insb. 1182 ff.

2) Vgl. WuW/E OLG 1015 ff., insb. 1018 ff.

3) Vgl. ebenda 1018.

4) Ebenda.

5) Vgl. WuW/E OLG, 1015, insb. 1019 ff.

6) Vgl. WuW/E OLG 1015, Anm. 1

Bundswirtschaftsministerium dachte an gesetzgeberische Konsequenzen in Gestalt einer Erweiterung des § 1 auf abgestimmte Verhaltensweisen¹⁾. Die Bundesregierung sah hingegen in diesem Stadium des Gesetzgebungsverfahrens noch keinen rechtspolitischen Handlungsbedarf für eine gesetzliche Erweiterung des Kartelltatbestandes; auch an eine entsprechende Neugestaltung des Oligopolstatbestandes wurde zu dieser Zeit noch nicht gedacht. In den beiden Referentenentwürfen ist zu lesen, daß die Beurteilung "vertragsähnlicher Abstimmungen" im Rahmen von § 1 der Rechtsprechung überlassen bleiben könne, da die geltende Fassung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise Raum lasse²⁾.

c) Die Teerfarben-Entscheidung des BGH und die Lösungsvorschläge des BKartA (Verbote abgestimmten Verhaltens) und der Bundesregierung (Gleichpreisigkeitsvermutung)

Den ersten Meilenstein, der unmittelbar verantwortlich zeichnet für die Ersetzung der Marktanteilsvermutung durch die Gleichpreisigkeitsvermutung beim Oligopolstatbestand im Regierungsentwurf vom 18.8.1971 bzw. 19.5.1971³⁾, markierte der

1) Vgl. Gutachten vom 6.2.1970 über die Einführung einer Fusionskontrolle, BAnz Nr. 42 vom 3.3.1970, S. 5.

2) Vgl. BMWi - I B 5 - 221353 vom 20.3. bzw. 28.10.1970, Begründung zu Art. 1 Nr. 1 E (§ 1 GWB). - Damit knüpfte das BMWi offensichtlich an Überlegungen in der Literatur an, den kartellrechtlichen Vertragsbegriff extensiver zu interpretieren als den zivilrechtlichen Vertrag, so z.B. Reuter, Erfahrungen mit staatlicher Kartellpolitik in Deutschland 1900-1964 unter besonderer Berücksichtigung der Zellstoffindustrie, S. 86, sowie die weiteren Literaturangaben in: WuW/E OLG 1018. Für eine engere (zivilrechtliche) Interpretation des kartellrechtlichen Vertragsbegriffs hatte sich hingegen u.a. Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 253 ff., ausgesprochen, später jedoch seine Ansicht ausdrücklich revidiert; vgl. ders., WuW 1971, S. 858 ff., S. 862; vgl. ferner die ebenda, S. 859 ff., Anm. 9-22, angegebene Literatur. Ebenso veränderte später Ulmer seine ursprüngliche "restriktive" Auffassung von dem kartellrechtlichen Vertragsbegriff, vgl. ders., Abgestimmte Verhaltensweisen, S. 7, Anm. 6, S. 44, Anm. 81.

3) Vgl. BMWi und Finanzen W/I B 5 - 221353 vom 19.5.1971.

Teerfarben-Beschluß des BGH vom 17.12.1970¹⁾. Bezüglich der Auslegung des Vertragsbegriffs im Sinne des § 1 vertrat das Gericht die Ansicht, auch zum Wesen eines Kartellvertrages gehöre die durch gegenseitige, einander entsprechende Willenserklärung der Beteiligten (Angebot und Annahme) zustandegekommene Einigung, wobei eine extensive Interpretation in der Richtung, daß unter Verzicht auf das Merkmal der Einigung auch andere Formen bewußt gleichförmigen Verhaltens erfaßt und damit gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 unter Buße gestellt wurden, als mit dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 1, der Gesetzes-systematik des GWB und nicht zuletzt als mit dem auch für Ordnungswidrigkeiten geltenden strafrechtlichen Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ("nulla poena sine lege") unvereinbar gehalten. In diesem Tatbestandsmerkmal, so hieß es, unterscheide sich § 1 Abs. 1 GWB von Art. 85 Abs. 1 EWGV, der u.a. auch "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" verbiete. Der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit dürfe auch beim noch so dringenden rechtspolitischen Bedürfnis nicht im Wege der Gesetzes- oder Rechtsanalogie erweitert werden²⁾. An diesem begrifflichen Maßstab wurden sodann die Ausführungen des KG gemessen. Dessen wirtschaftliche Beurteilung des Sachverhalts, daß trotz des lebhaften individuellen Preiswettbewerbs bei einer Ankündigung allgemeiner Preiserhöhungen eine gewisse gegenseitige Abhängigkeit zwischen den Farbstoffherstellern bestünde, die zu einem rein faktischen Parallelverhalten führen könne, wurde nicht beanstandet, da diese Würdigung nicht gegen einen allgemeinen wirtschaftlichen Erfahrungsgrundsatz verstieß. Und im Gegensatz zur Rechtsbeschwerde wurden die Feststellungen des Kammergerichts zum oligopolistischen Marktzwang auch nicht für lückenhaft und unklar gehalten³⁾.

1) Vgl. WuW/E BGH 1153 ff. = NJW 1971, S. 523 ff.

2) Vgl. ebenda S. 524; ergänzend zu diesem "strengen" Rechtsstaatsverständnis des Kartellsenats vgl. Fischer, ZGR 1978, S. 235 ff., 237 ff.

3) Vgl. WuW/E BGH 1153 ff. = NJW 1971, S. 524 unter III. 2; ergänzend insbesondere zur Nachweisproblematik Gutzler in seiner Urteilsanmerkung, WuW/E BGH 1158 f.

Die Entscheidung des BGH forderte eine fast unübersehbare Flut literarischer Stellungnahmen heraus¹⁾. Das Bundeskartellamt befürchtete, "einen wesentlichen Teil seines gesetzlichen Auftrages, den Wettbewerb durch Verhinderung von Kartellabsprachen zu schützen, in einer erheblichen Zahl ähnlicher Fälle nicht mehr erfüllen zu können"²⁾. Aufgrund der hohen Beweisanforderungen der Gerichte sah sich das Amt weitgehend außerstande, den für die Einigung erforderlichen Nachweis führen zu können. Der Weg des Indizienbeweises zum Nachweis von vermuteten Preisabsprachen schien ihm in einem weiten Bereich nicht mehr gangbar zu sein. Infolgedessen mußte § 1 als Mittel zur Bekämpfung von Preisabsprachen in einem beträchtlichen Maße wirkungslos bleiben; dies umso mehr, als man befürchtete, daß die Unternehmen aufgrund der BGH-Entscheidung zukünftig mehr "Rechtssicherheit" in dem Sinne hätten, daß sie sicher sein könnten, daß bestimmte Formen der formlosen Abstimmung gesetzlich von vornherein nicht erfaßt würden. Angesichts dieser "ernsthaften Gefährdung der Wettbewerbsordnung" forderte das Bundeskartellamt daher vom Gesetzgeber, abgestimmte Verhaltensweisen in § 1 GWB aufzunehmen. Eine solche Abhilfe de lege ferenda wurde nicht zuletzt aus Gründen der Rechtsangleichung

1) Vgl. z.B. Axster, WuW 1973, S. 605 ff.; Kersten, WuW 1972, S. 69 ff.; Gleiss, Kleinmann, WRP 1971, S. 153; Heuss, NJW 1972, S. 11 ff. - teilweise wurde diskutiert, ob das Verhalten der Teerfarben-Hersteller nicht doch unter das Verbot der §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB hätte subsumiert werden können, so z.B. Gutzler, Anm. zum BGH-Urteil, WuW/E BGH 1158 f.; Martens, JuS 1971, S. 455 ff.; Mestmäcker, WuW 1971, S. 835 ff.; Raiser, JZ 1971, S. 384 ff.; Sandrock, WuW 1971, S. 858 ff.; Willoweit, NJW 1971, S. 2045 ff. - Gegen eine solche erweiternde Subsumtion wandten sich hingegen u.a. Bartholomeyczik, Der Begriff "Vertrag" im Tatbestand des § 1 GWB und die deutschen "Teerfarben-Entscheidungen", S. 39 ff.; Benisch, WuW/E BGH S. 1155 ff.; Deringer, Tessin, NJW 1971, S. 521 ff.; Kersten, WuW 1972, S. 69 ff.; Königs, GRUR 1971, S. 280 ff.; Reinhart, BB 1971, S. 192 ff.; vgl. ferner Kolonko, Das Verbot wettbewerbsbeschränkender aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen in Art. 85 EWGV, S. 18 ff. - Andererseits wurde intensiv die rechtspolitische Frage diskutiert, wie die "offenkundige" Gesetzeslücke rechtssystematisch exakt zu schließen sei; vgl. hierzu u.a. Möhring, NJW 1973, S. 777 ff.; zum Vorschlag des deutschen Industrie- und Handelstages vgl. die Ausführungen in: WRP 1973, S. 191 ff.

2) Presseinformation des BKartA vom 4.2.1971, WuW 1971, S. 179.

an den EWG-Vertrag, der in Art. 85 auch den Eingriff der EWG-Kommission bei abgestimmten Verhaltensweisen ausdrücklich vorsah, für geboten gehalten¹⁾. Die Bundesregierung favorisierte demgegenüber bekanntlich (in ihren beiden Entwürfen vom 19.5. bzw. 18.8.1971) den Lösungsweg, dem Phänomen der abgestimmten Verhaltensweisen durch eine (widerlegbare) Gleichpreisigkeitsvermutung im Rahmen des Oligopolstatbestandes Herr zu werden, wobei freilich zugleich angemerkt wurde, daß Marktbeherrschung noch nicht per se einen Mißbrauch bedeute; dieser sei in einem zweiten Schritt zu beweisen²⁾. In diesem Sinne wies der Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen den Präsidenten des Bundeskartellamtes an, die Möglichkeiten zu testen, die in den Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen und dem Empfehlungsverbot lägen. Eingeräumt wurde, daß sich durch diese Vorschriften wahrscheinlich nur ein Teil der abgestimmten Verhaltensweisen erfassen ließe. Gleichwohl wurde eine nicht bloß theoretische Klärung des Wirkungsbereiches des geltenden Gesetzes für erforderlich gehalten, und zwar gerade in jenem Bereich, der zwischen den vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen und dem faktischen Parallelverhalten lag. Für den Fall, daß in diesem Grenzbereich eine gewisse empirische Sicherheit gewonnen werde, wurde eine Erweiterung des Kartellverbots im Hinblick auf das abgestimmte Verhalten in Aussicht gestellt. Zugleich versprach man sich von etwaigen noch während des Novellierungsverfahrens durchgeführten Testentscheidungen wertvolle Aufschlüsse darüber, ob der projektierte Änderungsvorschlag zu § 22 Abs. 2 einen praktikablen Ansatz bot³⁾. Das Bundeskartellamt insistierte hingegen auf seiner Position,

1) Vgl. Vorschlag des Deutschen Industrie- und Handelstages, WRP 1973, S. 180. Nach Ansicht des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI) belehrte die Teerfarben-Entscheidung die Kartellbehörde lediglich dahingehend, daß sie ihre Beweise nach strafprozessualen Grundsätzen führen müsse. Mit Entschiedenheit wehrte sich der BDI dagegen, daß das Bundeskartellamt nunmehr auf eine Ausweitung des Kartellverbotes hinarbeite, die ihm alle Chancen böte, seinen Eingriffsbereich extrem auszudehnen (vgl. Presseinformation vom 8.2.1971, WuW 1971, S. 180 f.).

2) Vgl. BT-Drucksache VI/2520, S. 24.

3) Die gemäß § 49 GWB erfolgte Weisung des Bundesministers ist veröffentlicht im BAnz Nr. 107 vom 15.6.1971, wiedergegeben in: WuW 1971, S. 910.

forderte mithin ein gesetzliches Verbot abgestimmter Verhaltensweisen und verwarf den seitens der Bundesregierung projizierten Lösungsweg über § 22 Abs. 2 als wenig erfolgversprechend¹⁾. An einer Instrumentalisierung des § 22 in der gegenwärtigen Fassung sah sich das Kartellamt insbesondere durch die vom Kammergericht im Zusammenhang mit den sog. "Fensterglasfällen" entwickelte Mosaiktheorie gehindert²⁾. Danach sei es unzulässig, bereits aus dem Fehlen des Aktionsparameters Preis auf ein Fehlen "wesentlichen Wettbewerbs" zu schließen. Hierüber könne vielmehr erst eine Gesamtschau über das wettbewerbliche Geschehen Aufschluß geben, bei der auch der Einsatz weiterer Aktionsparameter wie Qualität, Konditionen, Forschung und Entwicklung, Werbung etc. zu berücksichtigen sei. So werde auf gewissen oligopolistischen Konsumgütermärkten mit weitgehend homogenen Produkten der Kampf um Marktanteile bei fehlendem Preiswettbewerb nahezu ausschließlich über eine die Ware verteuernde exzessive Werbekonkurrenz ausgetragen; gleichwohl seien diese Märkte einer kartellamtlichen Mißbrauchsaufsicht

1) Die Frage, ob Preisgleichheit ein taugliches Kriterium für eine Marktbeherrschung im Sinne von § 22 sei, wurde Anfang April 1970 auch vom Arbeitskreis Kartellrecht, einem seit 1965 regelmäßig tagenden Kreis von Professoren der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften und Angehörigen des Bundeskartellamtes, erörtert; die Meinungen hierzu waren geteilt (vgl. TB 1970, S. 29).

2) Vgl. WuW/E OLG 813; ferner WuW/E BGH 907 mit Anm. Pickel 929.

entzogen, da es nach der Mosaiktheorie an der Tatbestandsvoraussetzung der Marktbeherrschung fehle¹⁾).

Auch die von der Bundesregierung geplante Novellierung des § 22 Abs. 2 vermochte in den Augen des Bundeskartellamtes die Schwächen des geltenden Kartellverbotes nicht zu kompensieren. Selbst auf Oligopolmärkten, so wurde in Anlehnung an ein Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft zur Reform des GWB²⁾ festgestellt, gebe es Wettbewerb, der die Anbieter zu Leistungen anreize, wenn er seine Lenkungsfunktion im Sinne einer verbraucherorientierten Marktwirtschaft nicht mehr zufriedenstellend erfülle. Die Wettbewerbsintensität werde wesentlich dadurch bestimmt, in welchem Maße die einzelnen Konkurrenten die Möglichkeit hätten, durch Preisabschläge, höhere Rabatte und dergleichen sowie durch Qualitätsverbesserungen und Nebenleistungen ihre Marktposition zu stärken und zu verteidigen. So wäre auch nach Verabschiedung der geplanten Novellierung der Nachweis der Marktbeherrschung gemäß § 22 Abs. 2 im Teerfarben-Fall gescheitert; denn die Hersteller hätten sich auf den einzelnen Produktmärkten

1) Vgl. TB 1970, S. 11. - Die Mosaiktheorie wurde vom Kammergericht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Auffassung entwickelt, daß ein Mißbrauch im Sinne des § 12 Abs. 1 Nr. 1 GWB vorliegt, wenn durch einen Rabattkartellbeschluß auf einem oligopolistischen Markt der letzte noch wirksame Wettbewerb ausgeschlossen wird. Die richterlichen Überlegungen bezogen sich unmittelbar lediglich auf die Mißbrauchskonkretisierung, während bei § 22 GWB das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs lediglich die Möglichkeit der Mißbrauchsaufsicht begründet. Trotz dieses rechtsdogmatischen Unterschiedes befürchtete das Bundeskartellamt von Anfang an, daß die Mosaiktheorie auch auf die Frage wesentlichen Wettbewerbs im Sinne des § 22 übertragen werden würde (vgl. z.B. TB 1968, S. 19 und 12; ferner TB 1967, S. 17). Diese Befürchtung wurde seitens der Literatur teilweise für unbegründet gehalten (so z.B. Möschel, Oligopolmißbrauch, S. 142); teilweise wurde jedoch auch die Ansicht vertreten, daß die - für die Mosaiktheorie entscheidende - Methode der Wettbewerbsprüfung unter Einbeziehung aller nur denkbaren Erscheinungsformen auch im Rahmen des § 22 anzuwenden sei (so z.B. Ulmer, Abgestimmte Verhaltensweisen, S. 38, Fn. 72; ferner Wirz, Der Marktbeherrschungsbegriff nach § 22 GWB, S. 41 ff., 48 f.; ferner Benisch, DB 1972, S. 173 ff., 176).

2) Vgl. BT-Drucksache IV/617, S. 90.

ten - ungeachtet ihres Parallelverhaltens bei allgemeinen, das ganze Farbstoff-Sortiment betreffenden Preiserhöhungen - Rabattwettbewerb geliefert¹⁾. In ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht beharrte die Bundesregierung darauf, daß - unabhängig von der geplanten Novellierung des § 22 Abs. 2 - versucht werden sollte, den Anwendungsbereich des geltenden § 22 intensiver auszuloten²⁾. Zugleich nahm sie die Gelegenheit wahr, ihr Verständnis von der Steuerungsfunktion des Wettbewerbs auf oligopolistischen Märkten relativ detailliert zu explizieren. Insoweit wurde zunächst davon ausgegangen, daß allein die Marktform des Oligopols noch nicht die Annahme rechtfertigt, daß "aus tatsächlichen Gründen" ein wesentlicher Wettbewerb fehle.

Nur auf "ausgereiften" Oligopolmärkten, will sagen: auf Märkten, auf denen keine funamentalen technischen Innovationen mehr zu erwarten sind, die Nachfrage allenfalls noch durchschnittlich wächst und die Anbieter sich mehr oder weniger aneinander angeglichen haben, wurde die für die Marktwirtschaft konstitutive wettbewerbliche Steuerungsfunktion verneint. Hier sei ein verstoßender Wettbewerb nicht mehr möglich; hier scheide eine Verbesserung der Marktleistung (Preis, Qualität, Service u.a.) von vornherein aus. Dazu bedürfe es keiner Abstimmungen; vielmehr beruhe ein solches Verhalten auf der Einsicht, daß jeglicher verstoßender Wettbewerb nicht die eigene Position gegenüber den Konkurrenten verbessere. In solchen Fällen könne weder eine individuelle Rabattpolitik, die das allgemein akzeptierte Preisgefüge unangetastet lasse, noch ein vornehmlich mit Hilfe exzessiver Werbung ausgetragener Kampf um Marktanteile als wesentlicher Wettbewerb angesehen werden³⁾.

1) Vgl. TB 1970, S. 12.

2) Vgl. BT-Drucksache VI/2380, S. 4.

3) Vgl. BT-Drucksache VI/2380, S. 4.

Speziell zur Frage der Interdependenz von oligopolistischem Marktzwang und Preisänderungen wurde ausgeführt: Ein solcher Zwang bestünde bei Preiserhöhungen nicht in gleichem Umfang wie bei Preissenkungen; denn der mit einer Preiserhöhung vorangehende Preisinitiator könne nicht sicher sein, daß ihm die anderen Unternehmen zum gleichen Zeitpunkt und in gleichem Ausmaß folgen würden; anders als bei der Preissenkung würde nämlich ein Unternehmen, das die Preisfolgschaft verweigern würde, nicht den Verlust von Marktanteilen riskieren. Daher liege bei Preiserhöhungen der Verdacht eines abgestimmten Verhaltens der Beteiligten nahe. Ohne Koordination müßten die Beteiligten u.U. ihre Preiserhöhungen korrigieren, weil die übrigen Beteiligten - etwa aufgrund einer anderen Kostensituation - unterschiedliche Preisvorstellungen hätten. Letztlich würde sich jedoch das neue Preisgefüge, wenngleich nicht so schnell und reibungslos, auch ohne Abstimmung einspielen. Abgestimmte Verhaltensweisen hätten mithin auf Märkten, auf denen ein wesentlicher Wettbewerb ohnehin nicht mehr auszumachen sei, weil die Unternehmen genau um die Einheitlichkeit von Preisänderungen wüßten, lediglich die Funktion einer "Feineinstellung und Synchronisierung der Preisanhebungen"¹⁾.

- 1) BT-Drucksache VI/2380, S. 5. - Mit der Unterscheidung zwischen Preissenkung und Preiserhöhung kommt die Bundesregierung einer teilweise in der nationalökonomischen Fachliteratur vertretenen Ansicht nach. So wird z.B. ein oligopolistischer Marktzwang bei Preiserhöhungen auch von Heuss (NJW 1972, S. 11 ff.; WuW 1974, S. 369 ff.) mit der Begründung verneint, in diesem Falle komme nicht derjenige, der eine Preisfolgschaft verweigere, sondern der Preisinitiator in eine prekäre Lage, die ihn möglicherweise zu einer Zurrücknahme seiner Preiserhöhung zwingt, und zwar aus dem gleichen Grunde, wie bei einer Preissenkung eine Preisfolgschaft für die anderen erzwungen werde. Da der Preisinitiator bei Preiserhöhungen mithin keinen Zwang auf die anderen Mitbewerber ausüben könne, sei er darauf angewiesen, die Gefolgschaftstreue durch Willensübereinstimmung zu erreichen. Wie dies im einzelnen geschehe, zeige die gemeinsame Sitzung der Repräsentanten der Teerfarben-Hersteller in Basel. Dort hätten sich die verschiedenen Teilnehmer über die allgemeine Marktlage ähnlich wie Geigy geäußert; kein einziger Unternehmensvertreter habe widersprochen. In der Einhelligkeit hinsichtlich der Beurteilung der Marktlage sei die Grundlage für ein gemeinsames Vorgehen zu sehen, das nicht einem oligopolistischen Marktzwang, sondern einer Willensübereinstimmung geschuldet sei - Wenn das Kammergericht gleichwohl einen Marktzwang annehme, so vermange es den Fall der Preissenkung mit dem der Preiserhöhung (NJW 1972, S. 11 f.).

Wettbewerbspolitisch sah sich die Bundesregierung auf solchen Märkten, auf denen eine wettbewerbliche Steuerung der Marktprozesse bereits außer Kraft gesetzt war, vor die Alternative gestellt, entweder die Marktstruktur zu verändern oder die Marktergebnisse zu korrigieren. Ein Verbot abgestimmter Verhaltensweisen erschien in dieser Perspektive als ein oberflächliches Kurieren an Symptomen, das - abgesehen von der Schwierigkeit, alle denkbaren Koordinationsformen normativ zu erfassen, - weder die nichtwettbewerblichen Marktverhältnisse in wettbewerbliche überführte noch die nichtwettbewerblich zustande gekommenen Marktergebnisse korrigierte. Als Ausweg blieb daher nur eine wirksame Mißbrauchsaufsicht über solche dysfunktionalen Märkte, die von einer vorbeugenden Zusammenschlußkontrolle flankiert werden sollten¹⁾.

d) Die Rückkehr zur Marktanteilsvermutung in Reaktion auf die Teerfarben-Entscheidung des BGH

Der Gesetzgeber hat bekanntlich nicht an der Gleichpreisigkeitsvermutung festgehalten und ist beim Oligopolatbestand letztlich wieder zur Konzeption der Marktanteilsvermutung zurückgekehrt. Ursächlich für diesen "plötzlichen" Gesinnungswandel war die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des EuGH im Teerfarben-Fall vom 14.7.1972²⁾; ebenda waren die Teerfarben-Hersteller, gestützt auf das in Art. 85 EWGV ausdrücklich verankerte Verbot des abgestimmten Verhaltens, im Rahmen eines Indizienbeweises einer Verhaltenskoordination überführt und zu erheblichen Geldbußen verurteilt worden. Im Januar 1973 wurde zwar der Regierungsentwurf vom 18.8.1971 zunächst noch unverändert als Fraktionsentwurf in die beginnende neue Legislaturperiode eingebracht³⁾. Anlässlich der Debatten zur Regierungserklärung (am 25.1.1973) sowie der ersten Beratung des Gesetzentwurfes (am 1.2.1973) zeichnete sich jedoch bereits ab, daß sich die Mehrheit des Parlaments für eine (rechtsangleichende) Einbeziehung des abgestimmten Verhaltens in die Kartellrechtsno-

1) Vgl. BT-Drucksache VI/2380, S. 5.

2) Vgl. NJW 1972, S. 1636 ff.

3) Vgl. BT-Drucksache VII/76.

velle aussprechen würde¹⁾.

- 1) In diesem Sinne äußerte sich im Namen der Koalitionsfraktion sowie der Bundesregierung der vormalige Bundeswirtschaftsminister Friedrichs, der jedoch zugleich zu bedenken gab, daß eine Unterscheidung von abgestimmten Verhaltensweisen und zufälligem gleichförmigen Verhalten nicht leichtfallen würde (vgl. Protokolle des Deutschen Bundestages, 7. Wahlperiode, 9. Sitzung, 25.1.1973, Stenografische Berichte, S. 275). Auch die Freien Demokraten waren, den Ausführungen des Abgeordneten Graf Lambsdorff zufolge, grundsätzlich der Ansicht, daß das Wettbewerbsrecht durch ein Verbot der abgestimmten Verhaltensweisen zu ergänzen war. Wenn Berichte zuträfen, daß sich Abgesandte von Unternehmen in verdunkelten Hotel- oder Verwaltungszimmern versammelten, daß dort mit einem Bildwerfer Preise an die Wand geworfen würden und daß dann behauptet werde, das sei natürlich keine Preisabsprache gewesen, so werde der Staat in seiner Funktion zur Aufrechterhaltung wirtschaftlicher Ordnungsprinzipien schlichtweg veralbert (ebenda, S. 279). Vergleichbar in der Form und Diktion forderte der Abgeordnete Jens von der SPD eine Ergänzung des Kartellverbots, um "gegen 'informelle' Absprachen von Unternehmen beim Kegelabend oder beim Sektfrihstück" vorgehen zu können (vgl. Protokolle des Deutschen Bundestages, 7. Wahlperiode, 12. Sitzung, 1.2.1973, Stenografische Berichte, S. 418). Die Fraktion der CDU/CSU stellte nach den Worten des Abgeordneten Frerichs in Aussicht, alle strittigen Fragen, zu denen außer der vertikalen Preisbindung auch das Problem der abgestimmten Verhaltensweisen zählte, "mit allem Freimut (zu) diskutieren" (ebenda, S. 421).
- Gleichsam wissenschaftlich legitimiert wurden die Parlamentarier mit ihrer Forderung nach einer Einbeziehung eines Verbots abgestimmter Verhaltensweisen durch den (öffentlichen) gemeinsamen Aufruf von 20 renommierten Wettbewerbswissenschaftlern zur "Notwendigkeit einer aktiven Wettbewerbspolitik" (BB 1972, S. 1465 ff.; vgl. auch Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30.11.1972). Die Autoren nahmen in diesem Aufruf alle im Bundestag vertretenen Parteien, die im Wahlkampf eine Verstärkung der Wettbewerbspolitik für vordringlich erklärt hatten, beim Wort und forderten als Minimalforderung außer einer effektiven (nationalen) Fusionskontrolle, einer Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen auch ein Verbot abgestimmter Verhaltensweisen. Die Notwendigkeit, ein Kartellverbot auf abgestimmte Verhaltensweisen zu erstrecken, wurde gleich zweifach begründet: Hamm verwies vornehmlich im Hinblick auf den von der Bundesregierung unterbreiteten Vorschlag, das Bundeskartellamt möge Preise auf oligopolistischen Märkten vornehmlich unter dem Gesichtspunkt des Machtmißbrauchs untersuchen, auf die weitgehende Nullbilanz dieses Instrumentes hin, und gab zu bedenken, daß selbst bei einer gesetzlichen Marktbeherrschungsvermutung das Bundeskartellamt zunächst den Nachweis zu führen habe, daß die im Gesetz genannten Tatbestände tatsächlich vorliegen. Die Betroffenen würden alles daran setzen, einen solchen Nachweis zu erschweren. Überdies habe das Kartellamt zu beweisen, daß die Oligopolpreise überhöht und damit als Machtmißbrauch anzusehen seien. Ein solcher Nachweis sei jedoch in Vielprodukt-

Da die Teerfarben-Entscheidung des BGH und EuGH (angeblich) eine Lücke des deutschen Kartellrechts offenkundig gemacht hatten, beschloß der Ausschuß für Wirtschaft, das aufeinander abgestimmte Verhalten in die Kartellrechtsnovelle einzubeziehen. Dabei lehnte er sich hinsichtlich der Formulierung des § 25 Abs. 1 bewußt an die Fassung des EWG-Vertrages an. Eine Legaldefinition wurde zur Gewährleistung der Abgrenzung des aufeinander abgestimmten Verhaltens gegenüber dem bloßen Parallelverhalten nicht für notwendig gehalten. Die Abgrenzung sollte sich nach Ansicht der Ausschußmitglieder aus der in der Kartellrechtspraxis geläufigen Stufenfolge Vertrag - Abstimmung - bloßes Parallelverhalten ergeben sowie daraus, daß der EuGH in der Teerfarben-Entscheidung klargestellt habe, daß ein bloßes Parallelverhalten noch keine Abstimmung sei. Wie im Einzelfall die Abstimmung nachzuweisen sei, müsse der durch den Teerfarben-Fall bereits entwickelten Rechtsanwendung überlassen bleiben. Sollten die Marktbedingungen im konkreten Fall eindeutig für eine Abstimmung sprechen, so werde man an den Nachweis der tatsächlichen Kollusion der Beteiligten um so geringere

noch zu S. 47 Fn. 1:

unternehmen mit umfassenden Möglichkeiten der Zurechnung von Gemeinkosten praktisch nicht zu führen (ebenda, S. 1469). Hefermehl hingegen argumentierte in seinem Plädoyer für die Notwendigkeit einer Einbeziehung der risikobeschränkenden abgestimmten Verhaltensweisen mehr ökonomisch und setzte offenbar auf die Entscheidung des EuGH vom Juli 1972. Auf einem oligopolistischen Markt, so führte er aus, sei eine Gefolgschaft bei Preiserhöhungen keineswegs sicher. Werde aber durch eine Abstimmung das Risiko, das mit einem autonomen Wettbewerbsverhalten verbunden sei, künstlich ausgeschaltet, so handele es sich nicht um eine durch spontane Koordination automatisch eintretende Marktlage. Zu beanstanden sei nicht bereits ein paralleles Marktverhalten, das Ausdruck autonomer unternehmerischer Entscheidung sein könne. Wenn sich jedoch aus der konkreten Marktlage, aus der Zeitdauer sowie der Art des Vorgehens im einzelnen der Schluß auf eine vorherige Abstimmung ziehen lasse, so sei ein kartellamtliches Eingreifen notwendig. Aufgrund einer Vielzahl von Indizien habe auch der EuGH festgestellt, daß die drei gleichförmigen Preiserhöhungen der Farbstoffhersteller in den Jahren 1964-1967 auf ein abgestimmtes Verhalten zurückzuführen seien (ebenda, S. 1469).

Anforderungen stellen dürfen¹⁾. Trotz gelegentlich geäußerter Bedenken hinsichtlich des unbestimmten Rechtsbegriffs "Aufeinander-Abgestimmten-Verhaltens"²⁾ ist das Abstimmungsverbot mit dem 2. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen am 5.8.1973 in Kraft getreten³⁾.

1) Vgl. zu dieser Begründung des § 25 Abs. 1 die Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuß) zu dem von den Fraktionen der SPD/FDP eingebrachten Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB-BT-Drucksache VII/76 - Bericht der Abgeordneten Frerichs und Jens, BT-Drucksache VII/765 vom 13.6.1973, abgedruckt in: WuW 1973, S. 581 ff., 590. Ebenda wird auch eine Erklärung des Bundesministers der Justiz, der vom Rechtsausschuß zugestimmt wurde, widergegeben, die folgenden Wortlaut hat: "Ziel der neuen Bestimmung ist es, eine (solche) von den Beteiligten ohne Abschluß eines Vertrages oder ohne einen Beschluß herbeigeführte und auf bewußtem tatsächlichem Zusammenwirken beruhende Beschränkung des Wettbewerbs zu unterbinden. Der Begriff des 'Aufeinander-Abstimmens' verlangt seinem Inhalt nach die Beteiligung von zwei oder mehr Unternehmen. Er setzt darüber hinaus nach dem üblichen Sprachgebrauch bei dem Sachverhalt, der vom Gesetzgeber geregelt werden soll, voraus, daß zwei oder mehr Unternehmen ihr Verhalten bewußt und gewollt voneinander abhängig machen, ohne damit schon eine vertragliche Bindung einzugehen. Damit scheidet ein bewußtes Nachmachen des Verhaltens eines anderen Unternehmens aus. Das Nachmachen ist kein 'Aufeinander-Abstimmen', weil es hier an einem Mitwirken der anderen Seite fehlt, es ist ein einseitiges Verhalten. Noch weniger erfüllt ein zufälliges gleichförmiges Verhalten den Begriff des 'Aufeinander-Abstimmens'". Nach Benisch (Gemeinschaftskomm., 3. Aufl., § 25, Anm. 1 zu § 25) haben auch die Präsidenten der Kartellsenate des BGH und des KG anlässlich ihrer Anhörung erklärt, mit dem Tatbestandsmerkmal "aufeinander" würden nur solche Fälle erfaßt, in denen ein Parallelverhalten kollusiv zustande gekommen sei.

2) Vgl. z.B. die Rede des Abgeordneten Albers von der CDU/CSU (Berichterstatte des Rechtsausschusses) im Bundestag am 14. Juni 1973 (auszugsweise abgedruckt in: WuW 1973, S. 599 ff., 600).

3) Vgl. BGBI. I, S. 917.

3. Unsicherheiten und Fehlvorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe

a) Verbesserung der Mißbrauchsaufsicht als legislatorisches Ziel versus inhaltliche Unbestimmtheit des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs

Überblickt man den legislativen Entwicklungsgang des Oligopolstatbestandes, so läßt sich allgemein bilanzieren: Dieser Sonderfall der Mißbrauchsaufsicht rückte erst relativ spät ins Blickfeld der Reformbemühungen. Dominierendes Motiv war es, auch im Rahmen des Oligopolstatbestandes, der in der Vergangenheit keine nennenswerte praktische Bedeutung erlangt hatte¹⁾,

-
- 1) Von den bis Ende 1972 vom Bundeskartellamt insgesamt 469 eingeleiteten Mißbrauchsverfahren erledigten sich 61 durch freiwillige Beendigung des beanstandeten Verhaltens. In 299 Fällen wurden die Verfahren aus anderen Gründen eingestellt. Weitere 86 Verfahren waren an die Landeskartellbehörden abgegeben worden (vgl. TB 1972, Tab. J). demgemäß wurde die Novellierung des § 22 vorwiegend damit begründet, daß sich die gegenwärtige Fassung in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis als unergiebig erwiesen habe. Insbesondere die Bundesregierung hat in ihren Stellungnahmen zu den Tätigkeitsberichten des BKartA mehrmals auf diesen "Mangel" hingewiesen (vgl. TB BKartA 1967, S. 3; TB 1969, S. 2; TB BKartA 1970, S. 4). Und auch der Präsident des BKartA hatte über das magere Ergebnis der bisherigen 'Aufsichtspraxis' Klage geführt: "In der Anwendung des § 22 haben die bisherigen Erfahrungen gezeigt, daß die Quantifizierung der Wettbewerbsintensität und der Marktergebnisse im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale 'Marktbeherrschung' und 'Mißbrauch' außerordentliche Schwierigkeiten bereitet. In fast allen untersuchten Fällen ist der Nachweis der Marktbeherrschung im Sinne des § 22 (kein oder kein wesentlicher Wettbewerb) nicht gelungen. Darin liegt eine der Ursachen für das Fehlen von Mißbrauchsverfügungen und damit die Unwirksamkeit dieses Instrumentes". (Vgl. Günther, 10 Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, S. 24); siehe hierzu auch Benisch (DB 1972, S. 173 ff.), der aus anderer (unternehmensorientierter) Interessenposition vor publikumswirksamen Pauschalurteilen warnt und zu einer anderen Wertung der bisherigen Verfahren kommt.

zu einer "Verbesserung" der Mißbrauchsaufsicht zu kommen¹⁾. Dieses allgemeine Anliegen wurde letztlich durch eine Marktanteilsvermutung (§ 22 Abs. 3 Nr. 2) eingelöst. In konzeptioneller Hinsicht signalisiert jedoch bereits der einzigartige Zick-Zack-Kurs von der Marktanteilsvermutung zur Gleichpreisigkeitsvermutung und wiederum zurück zur Marktanteilsvermutung eine große Unsicherheit der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe. Die weitgehend an den beiden Teerfarben-Entscheidungen des BGH und EuGH orientierten Reformvorschläge entpuppten sich bei näherem Zusehen als inhaltliche Fehlvorstellungen. Ganz abgesehen davon, daß (auch) beim Oligopolatbestand die eigentlichen Schwierigkeiten erst beim Machtmißbrauch beginnen, eine Erweiterung des Adressatenkreises demgemäß weithin im Vorfeld der Probleme verbleibt, blieb nach wie vor die Frage unbeantwortet, in welchen Fällen zwischen zwei oder mehr Unternehmen aus tatsächlichen Gründen kein wesentlicher Wettbewerb besteht. Insoweit beließ der Gesetzgeber die Rechtsanwendungsorgane sowie die Wissenschaft in gleicher Weise im spekulativen Dunkel wie im Jahre 1957.

- 1) Unmittelbar verantwortlich für das "wahre D-Zug-Tempo", mit dem die 2. Kartellrechtsnovelle Anfang 1973 in den parlamentarischen Gremien verabschiedet wurde, war zum einen die hohe Preissteigerungsrate zu Anfang der 70er Jahre; insoweit glaubte man, mit dem Verbot abgestimmter Verhaltensweisen, der Aufhebung der Markenwarenpreisbindung, der Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und insbesondere mit der Fusionskontrolle einen stabilitätspolitischen Beitrag leisten zu können. Ferner wurde die Konzentrationsentwicklung, die in den letzten Jahren signifikant zugenommen hatte (1969: 168 Zusammenschlüsse, 1970: 305, 1971: 220, 1972: 269 Zusammenschlüsse) als "alarmierend" empfunden. (Vgl. zu dieser aktuellen Eingebundenheit der Novelle die Ausführungen des Staatssekretärs im Bundeswirtschaftsministerium Schlecht, Die Zielsetzungen der Zweiten GWB-Novelle aus der Sicht der Bundesregierung, S. 1 ff.).

b) Die Erweiterung des Kartellverbots um die (begrifflich ungeklärte) Koordinationsform des abgestimmten Verhaltens

Definitiv geklärt wurde lediglich, daß auch das aufeinander abgestimmte Verhalten (neben dem "klassischen" Kartellvertrag sowie dem Gentleman-Agreement) nunmehr kartellrechtlich sanktioniert werden kann; demgemäß kann davon gesprochen werden, daß der Verbotskatalog unzulässiger Verhaltenskoordinationen erweitert und dadurch zugleich die Ergänzungsfunktion des § 22 Abs. 2 reduziert worden ist.

Fraglich ist jedoch bereits, wie der Begriff des aufeinander abgestimmten Verhaltens juristisch zu fassen ist. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird zwar - in Übereinstimmung mit den parlamentarischen Beratungen zu § 25 Abs. 1 - einheitlich die Meinung vertreten, daß von einem abgestimmten Verhalten nur im Falle einer vorherigen Verständigung der Beteiligten gesprochen werden kann. Umstritten ist jedoch, welche konkreten Anforderungen an das Vorliegen einer solchen informellen Koordination im Einzelfall zu stellen sind. Hier wird eine bunte Palette von konkretisierenden Diktionsversuchen offeriert: Teilweise wird eine Verständigung auf einen gemeinsamen Plan gefordert, so daß das Verbot nicht eingreift, wenn die Beteiligten sich ohne konkrete Details nur über die Grundrichtung ihres Vorgehens verständigen oder wenn sich ein Teilnehmer an der Durchführung einer wettbewerbsbeschränkenden Aktion eines anderen Abstimmungspartners nur unterstützend beteiligt¹⁾. In gleicher Weise folgenreich ist jene Ansicht, die unter Berufung auf die Formulierungen des Rechtsausschusses fordert, daß zwischen den Unternehmen ein - wenn auch unverbindliches - do-ut-des-Verhältnis bestehen muß²⁾. Nicht zuletzt versuchen einige Autoren, die Koordinationsformen des aufeinander abgestimmten Verhaltens durch ein materielles Element auszufüllen. In Anlehnung an die Umschreibung des EuGH im Teerfarben-Urteil - ebenda ist zu lesen, daß das abgestimmte Verhalten

1) So z.B. Axster, WuW 1973, S. 605 ff., S. 609; Möhring, Illert, BB 1974, S. 817 ff., 819; Mailänder, Gemeinschaftskommentar, Art. 85 EWGV, Rdnr. 13.

2) So Benisch, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., § 25 Abs. 1, Rdnr. 4; Ebel, NJW 1973, S. 1665 ff., S. 1669.

eine Koordinationsform ist, welche "bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt"¹⁾ - wird das Charakteristikum der Abstimmung in einer künstlichen Risikominderung erblickt²⁾.

c) Die zentrale Nachweisproblematik: faktische Gleichpreisigkeit oder abgestimmtes Verhalten

Fraglich ist des weiteren, wie im einzelnen ein - wie auch immer näher definiertes - abgestimmtes Verhalten nachzuweisen und von dem unstreitigen zulässigen faktischen (bewußten) Parallelverhalten abzugrenzen ist. Diese zentrale Nachweisproblematik stellt das Bundeskartellamt vor die weitgehend unlösbare Aufgabe, mit der rechtsstaatlich gebotenen Sorgfalt³⁾ den Nachweis zu erbringen, daß die Gleichpreisigkeit nicht auf

1) WuW/E EWG/MUV, S. 269 ff., 274.

2) Vgl. Hefermehl, BB 1972, S. 1469; Sauter, BB 1973, S. 684 ff., 686; Ulmer, Abgestimmte Verhaltensweisen, S. 14 f.; Ulmer, Wiedemann, Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen, S. 273 ff., 278 f. - Im Gegensatz zur rechtswissenschaftlichen Literatur, die - ungeachtet der soeben skizzierten Detaillemente - an der Notwendigkeit einer vorherigen Verständigung festhält, wird seitens der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur teilweise darauf verwiesen, daß man es im Oligopol fast immer mit einem aufeinander abgestimmten Verhalten zu tun habe; hier seien direkte Kontakte oder kollusive Verhaltensweisen im eigentlichen Sinne überflüssig. Die seitens der Rechtswissenschaften markierten Grenzlinien zwischen abgestimmtem Verhalten und faktischen Parallelverhalten implizierten, daß nur noch periphere Randbereiche oligopolistischen Verhaltens kartellrechtlich erfaßt werden könnten. Aufgrund solcher Erwägungen ist im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum die Tendenz unverkennbar, den § 25 Abs. 1 extensiv zu interpretieren und auch faktisches Parallelverhalten in den Verbotsbereich einzubeziehen (vgl. hierzu im einzelnen mit zahlreichen Literaturhinweisen Ulmer, Wiedemann, ebenda, S. 278 ff.).

3) Im Ordnungswidrigkeitenverfahren, das sich gem. § 46 OWiG an den Grundsätzen des Strafprozeßrechts orientiert, sind die Rechtsanwendungsorgane nicht nur gehalten, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, sondern können ein Bußgeld nur verhängen, falls sie von der Schuld des Betroffenen überzeugt sind. Die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins sind im Rahmen eines Verfahrens gem. § 38 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. § 25 Abs. 1 nicht anwendbar (vgl. Benisch, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., § 25 Rdnr. 19).

die oligopolistische Marktstruktur, sondern auf eine vorherige Verständigung zurückzuführen ist. Beim engen Oligopol mit homogenen Produkten und gleicher Kostenstruktur ist dieser Nachweis angesichts der starken Reaktionsverbundenheit der Branche so gut wie ausgeschlossen. Aber auch bei zunehmender Zahl der Wettbewerber, starker Produktdifferenzierung und geringen Marktzutrittsschranken braucht die Gleichpreisigkeit erfahrungsgemäß nicht einer Abstimmung geschuldet zu sein. Unstreitig indiziert das gleichförmige Verhalten als solches nicht das Vorliegen einer Abstimmung¹⁾. Ob die zentrale Nachweisproblematik mittels sog. "konkreter Plusfaktoren", die dem Rechtstatutenmaterial des US-Antitrustrechts und des EWG-kartellrechts nachgebildet sind²⁾, nennenswert "entschärft" wird, ist mehr als fraglich. Die weitgehende Nullbilanz der bisherigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes ist berecht³⁾.

d) Der Motivirrtum bei der Rückkehr zur Marktanteilsvermutung infolge Fehleinschätzung der Teerfarben-Entscheidung des EuGH

Mit diesen Ausführungen zur zentralen Nachweisproblematik ist bereits angedeutet, daß die Abkehr von der Gleichpreisigkeitsvermutung resp. die Rückkehr zur Marktanteilsvermutung im letzten Stadium der parlamentarischen Beratungen auf einer unzutreffenden Vorstellung von der möglichen Effektivität einer normativen Einbeziehung des abgestimmten Verhaltens beruhte. Der insoweit ausdrücklich zugrundegelegten Entscheidung des EuGH lag ein anderer, wesentlich weiterer Sachverhalt zugrunde als den deutschen Rechtsanwendungsorganen. Zudem verfuhr der EuGH (in Übereinstimmung mit der Kommissionsentscheidung) hin-

1) Vgl. Ulmer, Wiedemann, Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen, S. 282 m.w.Nachw. in Fn. 81.

2) Vgl. hierzu ebenda, S. 283.

3) Vgl. im einzelnen die Nachweise ebenda, S. 275, die Autoren ziehen angesichts des mageren Befundes die Bilanz, daß § 25 Abs. 1 nicht als ein taugliches Mittel zur Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Praktiken im Oligopol angesehen werden kann.

sichtlich der konkreten Beweisanforderungen an das Vorliegen eines abgestimmten Verhaltens "großzügiger" als die deutschen Gerichte:

Der EuGH hatte darüber zu befinden, ob die beteiligten Farbstoff-Hersteller, die innerhalb von vier Jahren für eine Vielzahl von Produkten dreimal zum gleichen Zeitpunkt gleichförmige Preiserhöhungen vorgenommen hatten, gegen das in Art. 85 EWGV ausdrücklich verankerte Verbot der abgestimmten Verhaltensweisen verstoßen hatten. In einem Fall waren von einem Teil der Unternehmen zu gleicher Stunde mit nahezu identischem Text Fernschreiben an die ausländischen Verkaufsstellen zur Mitteilung über die Preiserhöhung aufgegeben worden. Hinzu kam daß die Preiserhöhungen gleichförmig ausfielen, obwohl Unternehmen aus verschiedenen EWG-Ländern mit unterschiedlich strukturierten nationalen Märkten betroffen waren¹⁾. - Im Gegensatz zu den gerichtlichen Sachverständigen, die in ihrem Gutachten die Möglichkeit nicht ausgeschlossen hatten, daß die jeweiligen Preiserhöhungen auch ohne vorherige Abstimmung aufgrund rein individueller Entscheidung der beteiligten Unternehmen zustande gekommen sein könnten, verrieten die drei aufeinander folgenden Preiserhöhungen nach Ansicht des EuGH eine fortschreitende Zusammenarbeit zwischen den betroffenen Unternehmen und dank einer Vielzahl von Indizien wurde auch das Vorliegen eines

1) Vgl. NJW 1972, S. 1636 ff.

oligopolistischen Marktzwangs für ausgeschlossen gehalten¹⁾.

Demgegenüber hatten die deutschen Rechtsanwendungsorgane lediglich über die 3. Preiserhöhung (von Mitte Oktober 1967) zu befinden, und letztlich entscheidend für den Ausgang des Verfahrens war nicht so sehr die normative Frage, ob auch andere Koordinationsformen als der "klassische" Kartellvertrag unter § 1 subsumiert werden konnte²⁾. Der zentrale Meinungsunterschied zwischen dem Bundeskartellamt und dem KG bezog sich vielmehr auf die wirtschaftliche Beurteilung des Sachverhaltes, insbesondere auf die Annahme eines oligopolistischen Marktzwanges. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes waren die Betroffenen keinem oligopolistischen Marktzwang ausgesetzt, und es wurde für undenkbar gehalten, daß die betroffenen Unternehmen trotz unterschiedlicher Kostenlage die Preise zum gleichen Zeitpunkt und um den gleichen Prozentsatz ohne eine Vereinbarung heraufgesetzt hatten. Demgegenüber ist das KG davon ausgegangen, daß trotz des lebhaften individuellen Preiswettbewerbs bei einer

1) So sprach gegen ein spontanes Parallelverhalten, daß die Märkte in fünf nationale, gegeneinander abgeschottete Märkte aufgeteilt waren. Ohne Koordination hätte nach Ansicht des Gerichts ferner eine unterschiedliche, dem jeweiligen nationalen Markt Rechnung tragende Preiserhöhung nahegelegen. Die zeitliche, räumliche (bestimmter nationaler Markt) sowie die gegenständliche (gleiches Sortiment) Konkurrenz der Preiserhöhungen wurden ebenfalls als Indiz für eine Abstimmung gewertet. Schließlich wurde gewichtet, daß es in Italien und Holland/Benelux im Jahre 1964 zu kurzfristigen Preiserhöhungen gekommen war, obwohl diese Märkte hinsichtlich des Preisniveaus sowie der Wettbewerbsstruktur kaum untereinander in Beziehung standen. Vgl. im einzelnen zur Teerfarben-Entscheidung des EuGH: Möhring, NJW 1973, S. 777 ff.; Schaub, Das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen (§ 25 GWB), S. 31 ff.; Axster, WuW 1973, S. 605 ff. (611 f.). Auch nach Ulmer, Wiedemann (Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen, S. 283) zählt der Sachverhalt der Teerfarben-Entscheidung des EuGH zu jener Fallgruppe einer "ungewöhnlichen Verhaltensübereinstimmung", in der der Nachweis eines abgestimmten Verhaltens als erbracht anzusehen ist.

2) Auch das KG war der Ansicht, daß eine Willensübereinstimmung i.S. des § 1 ohne Entstehung klagbarer Ansprüche bereits angenommen werden konnte, falls die Beteiligten von einer auf außerrechtlichen Faktoren wie kaufmännischer Anstand, wirtschaftlicher Rücksichtnahme, Solidaritätsbewußtsein oder moralischer Druck beruhenden Bindungswirkung ausgingen (WuW/E OLG 1018).

Ankündigung allgemeiner Preisänderungen, die sofort für jeden Wettbewerber und jeden Abnehmer offen zutage trat, eine gewisse gegenseitige Abhängigkeit bestanden hat, die zu einem rein faktischen Parallelverhalten führen konnte¹⁾. Bei solcher ökonomischen und beweisrechtlichen Würdigung hätte das Entscheidungsergebnis selbst unter Geltung des § 25 Abs. 1 nicht anders gelaute²⁾.

e) Die unklare Reichweite selbst der Gleichpreisigkeitsvermutung sowie die Unbestimmtheit des wesentlichen Wettbewerbs als Fazit

Selbst die im Regierungsentwurf vom 18.8.1971 und noch im Fraktionsentscheidungsentwurf vom 25.2.1973 enthaltene Gleichpreisigkeitsvermutung war in ihrer Reichweite unklar. Dem Wortlaut und auch der Entwurfsbegründung nach sollte sich diese Vermutung nicht nur auf das Innenverhältnis der Oligopolisten beziehen, sondern ebenso auf das Außenverhältnis; die Marktherrschaft insgesamt sollte vermutet werden. Bei solcher Konzeption war indes der Vermutungsbestand ohne spezifische Konturen: Wenn zwischen zwei beliebigen Unternehmen über eine gewisse Zeit hinweg eine Preisparallelität bestand, sollte eine

1) Vgl. WuW/E OLG 1022. Diese tatsächliche Würdigung hat der BGH (NJW 1973 S. 524) nicht beanstandet, weil sie nach seiner Ansicht nicht gegen einen allgemein wirtschaftlichen Erfahrungssatz verstieß. Ebenso wenig hielt der BGH die Feststellungen des KG zum oligopolistischen Marktzwang für lückenhaft oder unklar.

2) So auch Ulmer, Wiedemann, Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen, S. 285. Auch nach Möschel (Oligopolmißbrauch, S. 146) wäre bei solcher Beweismwürdigung § 25 Abs. 1 nicht einschlägig, und der Autor setzt darauf, daß die Einbeziehung der abgestimmten Verhaltensweisen von den Gerichten als ein Signal des Gesetzgebers für eine mehr an den Zwecken des GWB orientierte Beweismwürdigungspraxis verstanden werde. Speziell zur zentralen Nachweisproblematik vgl. ferner Axster, WuW 1973, S. 605 ff.; Tuchtfeldt, Kartellsurrogate als Problem der Wettbewerbspolitik, S. 331 ff., Gabriel, WuW 1961, S. 302 ff.; Kersten, WuW 1972, S. 69 ff.; Hansen, ZHR 136 (1972) S. 52 ff.).

Marktbeherrschung ohne Rücksicht auf die sonstigen Marktverhältnisse vermutet werden - eine relativ abwegige Schlußfolgerung. Sodann wäre aber die Frage virulent geworden, nach welchen Kriterien "die Unternehmen", für welche die Vermutung eingreifen sollte, im Sinne des Satzes 2 zu isolieren waren. Das Gesetz gab insoweit Anhaltspunkte nur in § 22 Abs. 1 S. 1, demzufolge als marktbeherrschend auch zwei oder mehrere Unternehmen gelten sollten, soweit zwischen ihnen aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht bestand und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des marktbeherrschenden Einzelunternehmens (Abs. 1 S. 1 oder 2) erfüllten. Ein solcher Regreß hätte dann freilich die gesamte Vermutungsregelung des Satzes 2 wieder in Frage gestellt¹⁾. Richtigerweise hätten der § 22 Abs. 1 S. 1 und § 22 Abs. 2 S. 1 um die Fassung "oder keinem wesentlichen Wettbewerb, namentlich keinem Preiswettbewerb, ausgesetzt ist" bzw. "aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb, namentlich ein Preiswettbewerb, nicht besteht und ..." ergänzt werden müssen. Mit solcher Formulierung wäre klargestellt worden, daß "wesentlicher Wettbewerb" in aller Regel Preiswettbewerb bedeutet und sein Fehlen regelmäßig ausreicht, um die Möglichkeit einer Mißbrauchsaufsicht zu

1) Vgl. Möschel, DB 1973, S. 509 f.

begründen¹⁾.

Insgesamt ist mithin festzustellen: Da der Gesetzgeber nicht den soeben skizzierten adäquaten Lösungsweg eingeschlagen hat, überdies: nicht einmal an der "verunglückten" Fassung der Gleichpreisigkeitsvermutung im Regierungsentwurf festgehalten hat, bleiben - nach wie vor (wie im Jahre 1957) - die Fragen

1) Vgl. Möschel, DB 1973, S. 509 f., mit Rücksicht auf ihre Ausrichtung auf das typische Gruppenverhalten bei oligopolistischer Marktbeherrschung und damit in ihrem schärferen Bezug auf den wettbewerblichen Problematbestand im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht für eine der Marktanteilsvermutung vorzuziehende Alternativlösung hält auch Sandrock (BB 1973, S. 101 ff., 107; WuW 1971, S. 858 ff., 868) die Einführung einer Gleichpreisigkeitsvermutung für gerechtfertigt, da der Aktionsparameter Preis das wichtigste Wettbewerbsmittel sei, von dem die Marktgegenseite am empfindlichsten getroffen werde. Zugleich glaubte der Autor, auf diese Weise die "leidige", von der Rechtsprechung zu den §§ 3, 12 GWB entwickelte "Mosaiktheorie" zu überwinden, und sein klarstellender Formulierungszusatz hatte den folgenden Wortlaut: "Wesentlicher Wettbewerb ist in der Regel nur dann gegeben, wenn die durch das Fehlen einiger Wettbewerbsformen der Marktgegenseite verursachten Nachteile durch Vorteile, die aus anderen Wettbewerbsformen gezogen werden können, ihren wesentlichen Ausgleich finden". (ebenda, S. 107). Andererseits ist die geplante Gleichpreisigkeitsvermutung jedoch auch ins Kreuzfeuer der Kritik geraten. So weist z.B. Kersten (WuW 1972, S. 69 ff., 82) darauf hin, daß ein gleichförmiges Verhalten gerade das Ergebnis eines scharfen oligopolistischen Wettbewerbs sein könne, und nicht nur Preisensenkungen, sondern auch Preiserhöhungen ließen sich in bestimmten oligopolistischen Märkten entweder gar nicht oder nur gleichförmig durchführen. Zudem wurde das prinzipielle Bedenken geäußert, eine Ausweitung der Mißbrauchsaufsicht in Gestalt einer Gleichpreisigkeitsvermutung impliziere die Gefahr eines staatlichen Interventionismus (z.B. Ulmer, Abgestimmte Verhaltensweisen, S. 18). Solche Bedenken mußten jedoch auch bereits vor Durchführung der erfolglosen Preis-mißbrauchsverfahren gegen die Arzneimittelhersteller als überzogen erscheinen; sie berücksichtigen nicht hinreichend, daß auch nach Feststellung der Marktbeherrschung i.S. des § 22 Abs. 2 des weiteren noch ein konkreter Mißbrauch nachzuweisen ist. Die einzige Rechtsfolge, die sich an eine solche Gleichpreisigkeitsvermutung geknüpft hätte, wäre die schlichte Ermöglichung einer Mißbrauchsaufsicht gewesen, nicht mehr. Für eine "konsequente" Wettbewerbspolitik hätte die Gleichpreisigkeit über einen längeren Zeitraum hinweg durchaus Grund genug sein können, solche Märkte im Auge zu behalten. Die Gefahr eines Staatsinterventionismus bestand um so weniger, als nach den Motiven zur Regierungsbegründung in die Feststellung des fehlenden Preiswettbewerbs bzw. der Gleichpreisigkeit der Rabattwettbewerb mit einzubeziehen war; bereits dadurch wäre die Darlegungs- und Beweislast der Kartellbehörde ohnehin stark relativiert worden.

unbeantwortet, ob bereits die Gleichpreisigkeit als Indiz oligopolistischer Marktmacht gewertet werden kann und wesentlicher Wettbewerb im Sinne des § 22 Abs. 2 zu verneinen ist, falls die Unternehmen lediglich nichtpreisliche Aktionsparameter (Forschung, Werbung und dgl.) in der Konkurrenz um die begrenzte zahlungskräftige Nachfrage zur Erhaltung oder Erweiterung ihres Marktanteils einsetzen.

4. Ergänzender Nachtrag: Die Mosaiktheorie und der alternative Tatbestand der überragenden Einzelmarktstellung (§ 22 Abs. 1 Nr. 2)

Auch der mit der Novelle von 1973 eingefügte neue Tatbestand der überragenden Marktstellung gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens verändert worden, so daß Auslegungszweifel nicht ausbleiben konnten.

Legislatorische Motivation war eindeutig die vom Bundeskartellamt inspirierte Auffassung, daß die in § 22 Abs. 1 Nr. 1 gegebene Definition der Marktbeherrschung angesichts der von den Gerichten praktizierten Mosaiktheorie sowie der Notwendigkeit der Kartellbehörden, einen sog. Negativbeweis (des fehlenden Wettbewerbs) zu führen, die Vorschrift weitgehend erfolglos bleiben mußte¹⁾.

Um diese weitgehende Ineffektivität zu relativieren, versuchte der Referentenentwurf vom 18.10.1970 mit einem ergänzenden Satz 2 in § 22 Abs. 1) das Merkmal "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt" durch die Verwendung des Begriffes "überragende Marktstellung" beispielhaft zu verdeutlichen und dadurch praktikabler zu fassen²⁾.

1) Vgl. z.B. den "Hilferuf" des BKartA im Tätigkeitsbericht 1970, S. 11.

2) Vgl. im einzelnen zur Entstehungsgeschichte Leo, WRP 1972, S. 1 ff. (3 ff.); Wirz, Der Marktbeherrschungsbegriff nach § 22 GWB, S. 41 ff. (S. 48 ff.).

Der Regierungsentwurf von 1971 ging demgegenüber bei der Verfolgung des gleichen Ziels einen anderen Weg: Nunmehr wurde neben dem bisherigen Tatbestand der Marktbeherrschung ein neuer (alternativer) Tatbestand geschaffen, der auf die überragende Marktstellung eines einzelnen Unternehmens im Verhältnis zu den Konkurrenten auf demselben Markt abstellte¹⁾. Bei dieser Konzeption verblieb es auch in den Beratungen des Wirtschaftsausschusses; § 22 Abs. 1 erhielt lediglich eine redaktionelle Verbesserung, welche die bereits von der Bundesregierung konzipierte Alternativität der beiden Tatbestände noch deutlicher zum Ausdruck brachte.

Angesichts dieser Gesetzesgeschichte dürfte es zwar unstrittig sein, daß die Bestimmungen der Nr. 1 und Nr. 2 in einem "echten" Alternativverhältnis zueinander stehen, und daher ist die (vormals in der Literatur vertretene) Meinung zurückzuweisen, es handele sich bei der Nr. 2 lediglich um eine deklaratorische Legaldefinition der Nr. 1²⁾.

Zugleich macht die Gesetzesgeschichte jedoch deutlich, daß auch der Alternativtatbestand der überragenden Marktstellung die wettbewerbliche Steuerungsfunktion sicherstellen soll. Gemäß der amtlichen Begründung dokumentiert sich die Marktstellung eines Unternehmens in seinem Verhaltensspielraum, den es bei der Anwendung seiner Wettbewerbsmittel hat. Die überragende Marktstellung eines Einzelunternehmens kann sich an seinen überragenden Möglichkeiten zur Entwicklung unterschiedlicher Marktstrategien, aber auch an seinem Verhaltensspielraum beim Einsatz einzelner Aktionsparameter zeigen³⁾. Dementsprechend ist es konsequent, wenn die Rechtsprechung eine Gesamtbetrachtung aller maßgebenden Umstände, insbesondere eine Berücksichtigung der auf dem relevanten Markt herrschenden Wettbewerbs-

1) Vgl. amtliche Begründungen zum Regierungsentwurf, S. 71 ff., 79.

2) So z.B. Hootz, BB 1976, S. 1240; Benisch, GRUR 1977, S. 275 ff.; Hermans, WRP 1977, S. 757.

3) Amtliche Begründung 1971, S. 22; Bericht des Wirtschaftsausschusses, S. 5.

verhältnisse verlangt¹⁾ und damit zugleich die teilweise im Schrifttum vertretene Meinung zurückweist, der Tatbestand der überragenden Marktstellung habe keinerlei Beziehung zum Wettbewerb²⁾. Die Entstehungsgeschichte des § 22 Abs. 1 Nr. 2 belegt nicht die Annahme, der Gesetzgeber habe die wettbewerbsorientierte Sicht aufgegeben und eine Mißbrauchsaufsicht auch auf marktstarke Unternehmen, ungeachtet der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt, erstrecken wollen³⁾.

1) Vgl. WuW/E BGH 1445, 1449 ("Valium"); WuW/E BGH 1435, 1439 ("Vitamin B-12"); KG WuW/§ OLG 2053, 2058 ("Valium").

2) So Hintze, WuW 1977, S. 18 ff.; Reich NJW 1976, S. 2262; Emmerich, JuS 1977, S. 124.

3) Vgl. dazu auch Möschel, BB 1976, S. 50; Hermans, WRP 1977, S. 757; Wirz, WRP 1977, S. 276; ferner Scholz, ZHR 141 (1977), S. 520 ff.

2. Kapitel: Die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs in der Literatur

I. Strukturierende Vorbemerkungen

1. Zur Notwendigkeit der Abgabe eines sinnfälligen Werturteils

Die Frage, ob zwischen Unternehmen wesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 besteht, kann mittels der historischen Auslegungsmethode der Rechts- und Kartellrechtswissenschaft nicht beantwortet werden. Um die Beurteilung der Funktionsfähigkeit eines Marktes nicht der rein persönlichen Vorstellung zu überlassen, sind andere Maßstäbe und Sinnfälligkeitskriterien notwendig.

Auf der Suche nach solchermaßen intersubjektiv überprüfbaren Interpretationsrichtlinien wird ein rechtspositivistisches Vorverständnis nach logisch-exakten Maßstäben fragen. Ein solches methodisches Grundverständnis, das dank eines "werturteilsfreien Erkenntnisaktes" die Funktionsfähigkeit (Wesentlichkeit) des Wettbewerbs glaubt bestimmen zu können, stößt indes bald auf ihre Grenzen. Selbst wenn man sich auf der theoretischen und politischen Ebene auf ein bestimmtes Wettbewerbskonzept verständigt, erhält man keine exakten Definitionskriterien. So muß beispielsweise eine an Workability-Konzeptionen orientierte Inhaltsbestimmung zwar berücksichtigen, daß Marktvollkommenheiten und monopolistische Elemente für die Wirksamkeit des Wettbewerbs konstitutiv sind; Marktmacht ist nicht mehr von vorneherein perhorresziert. Dadurch wird indes die Abgabe eines Werturteils nicht überfällig; zum Zentralproblem wird die Unterscheidung von wettbewerbspolitisch wünschenswerten und unerwünschten Marktunvollkommenheiten. Eine unerwünschte Marktunvollkommenheit kann nun dahin umschrieben werden, daß die "Handlungsfreiheit eines Wirtschaftssubjektes im Verhältnis zu den Freiheitsbereichen der anderen Marktteilnehmer ungebührlich groß ist"¹⁾. Auf diese Weise wird freilich das Problem lediglich reformuliert und auf den unbestimmten Begriff

1) Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik, S. 65.

"ungebührliche Größe" verschoben; das gesuchte Kriterium wird dadurch substantiell nicht schärfer konturiert.

Die Abgabe eines Werturteils ist auch nicht dadurch zu vermeiden, daß man den wesentlichen Wettbewerb - in Abstraktion von einem wettbewerbstheoretischen Leitbild - mit einem "relativ hohen Grad von Wettbewerbsintensität"¹⁾ gleichsetzt. Auch bei einem solchen prima vista wertneutralen definitatorischen Ausgangspunkt bedarf es der Präzisierung des "relativ hohen Grades", mithin einer Antwort auf die Fragen: Gehört zum wesentlichen Wettbewerb, daß alle Aktionsparameter verändert werden? Falls die Veränderung nur einiger Parameter genügen soll: Welche Konstellationen sind als hinreichend zu erachten? Nicht zuletzt: Kann die Wesentlichkeit des Wettbewerbs von einem Parameter abhängig gemacht werden?

Werden mehrere Parameter eingesetzt, bedarf es der Bestimmung, welche Konstellationen innerhalb eines hinreichend langen Beobachtungszeitraums als Ausdruck wesentlichen Wettbewerbs gelten sollen. Selbst eine Beschränkung auf einen einzigen Parameter - konkret: den Preis - bringt keine exakte Präzision. Insoweit kann nicht einmal ein genauer Begriff eines (wesentlichen) Preiswettbewerbs gewonnen werden: Spricht nicht gerade die Tatsache, daß ein Anbieter einen höheren Preis als seine Konkurrenten fordert, für die Existenz wirksamen Preiswettbewerbs? Indizieren nicht gerade unterschiedliche Preise das Fehlen eines funktionsfähigen Wettbewerbs? Ist eine autonome Preispolitik bereits zu verneinen, falls ein Unternehmen die gegenseitige Reaktionsverbundenheit mit ins Kalkül einbezieht? Bestehen Wahlmöglichkeiten nur, falls die Nachfrager sowohl zwischen mehreren Anbietern wie auch (bei gleichartigen Produkten) zwischen verschiedenen Preisen wählen können, da identische Preise sowohl Ausdruck lebhaften Preiswettbewerbs wie von Wettbewerbsbeschränkung sein können? Wie steht es mit dem Preiswettbewerb, wenn Unternehmen an einem Preis über eine längere Zeit hinweg festhalten? Ist der (für einige Oligopole typische) Rabattwettbewerb nicht auch als Preiswettbewerb zu qualifizieren?

1) Willeke, WuW 1975, S. 533 (539).

Selbst wenn die eindeutige Beantwortbarkeit solcher Fragen unterstellt wird, muß nach plausiblen Argumenten gesucht werden, die es zweckmäßig erscheinen lassen, alle nichtpreislichen Aktionsparameter außer acht zu lassen. Wie läßt sich indes die Ansicht legitimieren, daß ein Preiswettbewerb makro- und mikroökonomisch die besten Ergebnisse liefert? Sind nicht die nichtpreislichen Marketinginstrumente (Werbung einschließlich der vielfach monierten Produktdifferenzierung) als ökonomische Variablen zu werten, denen im Verhältnis zum Preis eine gleichgewichtige Funktion zukommt? Haben nicht auf jeden Fall Forschung und Entwicklung eine kompensierende Bedeutung?

Insgesamt ist davon auszugehen, daß (auch) der unbestimmte Rechtsbegriff des "wesentlichen Wettbewerbs" in keiner Variante logisch-exakt quantifizierbar ist und auch nicht durch ein bloßes "Erkennen" der vorgegebenen Wirklichkeit bestimmt werden kann. Vielmehr muß wertend entschieden werden, ob die ökonomische Realität als eine adäquate Deutung des unbestimmten Rechtsbegriffs angesehen werden kann. Solche Transferleistungen "können ex definitione niemals zwingend sein, und ihre Überzeugungskraft hängt von den Plausibilitätsargumenten ab, die vorgebracht werden können"¹⁾. Wie auch immer der allgemeine Ausgangspunkt einer konkretisierenden Inhaltsbestimmung lauten mag: Eine jede Begriffsumschreibung hat es durchgängig mit Maß-

1) Willeke, WuW 1975, S. 541.

und Gradfragen zu tun, und letztlich ist immer ein Werturteil zu fällen¹⁾.

2. Überblick über die Meinungsvielfalt in der Literatur

Angesichts der extremen Vagheit des Oligopolstatbestandes sowie vor dem Hintergrund der soeben geschilderten "Wertungsthese" überrascht nicht, daß im Schrifttum zahlreiche Auslegungsvorschläge zum Begriff des wesentlichen Wettbewerbs gemacht werden:

Abgesehen von der manifest interessenorientierten Argumentation, die den Begriff des wesentlichen Wettbewerbs einfach gleichsetzt mit den realen Gegebenheiten der entfalteten Industriegesellschaften²⁾, wird gelegentlich (auch hier) auf die

1) Die Erkenntnis, daß es in der Rechtswissenschaft niemals um Identitätsurteile geht, sondern um Ähnlichkeitsurteile, denen letztlich ein Werturteil zugrundeliegt, hat sich auch in der Kartellrechtsliteratur weitgehend durchgesetzt (Vgl. z.B. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 5; ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 49). Insbesondere im Bereich der Generalklauseln, der unbestimmten Rechtsbegriffe sowie der inhaltlich diffusen Formelkompromisse liegt auf der Hand, daß letztlich normativ-dezisionistische Elemente in die Entscheidung einfließen und die Rechtsanwendungsorgane damit quasi-legislative Funktionen wahrnehmen. In all diesen Fällen geht es nicht um den Nachvollzug einer fremden Entscheidung i.S. der Erkenntnis, sondern um eine eigene Wertung in einem mehr oder weniger beschränkten Gesamtrahmen. Vergleichbar der legislatorischen Tätigkeit besteht auf der Ebene der Rechtsanwendung die Notwendigkeit, einerseits die ökonomische Realität zu analysieren, andererseits die Veränderbarkeit der realen Geschehnisse mit in die Überlegung einzubeziehen. Auslegungsvorschläge, die seitens der Wissenschaft hierzu offeriert werden, können dabei nicht von vornherein mit dem Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit auftreten. Allgemein geht es darum, im Rahmen des vorgefundenen Systems die Lösungen herauszufinden, deren Sinnfälligkeit sich am plausibelsten begründen läßt. - Mit Rücksicht auf dieses Methodenverständnis kann der Ansicht von Sandrock (Grundprobleme der sachlichen Marktabgrenzung, S. 469), dem Juristen sei das reale Geschehen vorgegeben und daher gebe es (auch) bei der Frage, ob und inwieweit zwischen einzelnen Anbietern Wettbewerb herrsche, nichts zu werten, sondern nur die reale Wirklichkeit zu erkennen, nicht gefolgt werden.

2) So z.B. die Allparametertheorie von Sölter, vgl. Einleitung S. 6 ff.

von der Rechtsprechung im Hinblick auf die Mißbrauchsaufsicht über Rabattkartelle entwickelte Mosaiktheorie¹⁾ verwiesen. Mithin wird ein wesentlicher Wettbewerb unter Oligopolisten nur vermißt, falls eine detaillierte Marktanalyse nicht einmal Spuren von Wettbewerb erbringt und die Konkurrenz in einer Gesamtschau als erstarrt anzusehen ist²⁾.

Teilweise wird vorgetragen, das "Goldene Zeitalter" des Modells der vollkommenen Konkurrenz, in dem das Gleichgewicht lediglich aus den Variablen Menge und Preis konstruiert sei, habe abgedankt. Unter Berufung auf einige namhafte Repräsentanten der dynamischen Workability-Konzepte (Chamberlain, Clark, Schumpeter, Abbott) wird bilanziert, daß eine Optimierung der wettbewerbspolitisch favorisierten Zielfunktionen "technischer Fortschritt" primär Innovationen meine, die ex definitione keinem oder nur einem geringen Preiswettbewerb ausgesetzt seien. Die Vorstellung von der Prärogative des Preiswettbewerbs sowie die damit einhergehende Abqualifikation der "Nebenformen" des Wettbewerbs werden als obsoleete Relikte einer Theorie be-

1) Vgl. oben S. 60 f.

2) Vgl. z.B. die Hinweise bei Sandrock in BB 1973, S. 101 (107) und bei Baur, ZHR 134 (1970), S. 97 (144). - Des weiteren wird zu einer solchen restriktiven Interpretation des § 22 auch Bezug genommen auf die Gerichtsentscheidung in Sachen Dunlop, denen folgender Sachverhalt zugrunde lag: Seit 1958 vertrieben die Unternehmen Dunlop - dank seines überragenden Marktanteils von 60 bzw. 75% Marktführer auf dem Tennisballmarkt - sowie Slazenger - ebenso wie Dunlop eine 100%ige Tochter der britischen Dunlop-Company - und die Tretorn-GmbH ihre Produkte zu jeweils identischen Preisen, wobei Dunlop eine Preisbindung praktizierte, die beiden anderen Anbieter hingegen lediglich Preisempfehlungen aussprachen. Die Preise für Tennisbälle waren mehrfach zum gleichen Zeitpunkt und im gleichen Ausmaß erhöht worden. Mit Rücksicht darauf hob das BKartA die Preisbindung gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 a wegen fehlenden wesentlichen Preiswettbewerbs auf (WuW/E BKartA 1163). Die Gerichte bejahten indes das Vorliegen eines Preiswettbewerbs, da Dunlop als Preisführer in seinem Verhalten von der Existenz seiner Konkurrenten beeinflusst worden sei und daher von einer autonomen Preiserhöhungspolitik abgesehen habe (WuW/E OLG 1024; WuW/E BGH 1089 mit Anmerkung Pickel).

zeichnet, die bestenfalls von dogmenhistorischem Interesse sei¹⁾.

Einer solchen Argumentation wird - teilweise unter Berufung auf dieselben wettbewerbstheoretischen Stimmen - entgegengehalten, daß in einer dynamischen Wettbewerbstheorie - zumindest in der Phase des nachfolgenden Wettbewerbs - durchaus Raum sei für eine gesonderte Beurteilung des Preiswettbewerbs. Der nachstoßende Wettbewerb sei es, der die Preise und Gewinne des Innovationsmonopolisten zur Erosion bringe und damit tendenziell auf das allgemeine Wettbewerbsniveau zurückführe. Erst der nachstoßende Wettbewerb schaffe einen Reiz für weitere Innovationen mit zunächst wiederum höheren Gewinnaussichten und damit die Voraussetzungen für ein Kontinuum wettbewerblich induzierter Innovationen²⁾.

Sandrock bezeichnet den fehlenden Preiswettbewerb als oligopolistischen Normalzustand, der noch keine spezifische Mißbrauchsaufsicht auslösen kann. Wesentlicher Wettbewerb fehlt erst, wenn die Unternehmen außer dem Preis auch die Qualitäts-, Nebenleistungs- und Werbeparameter stillgelegt haben. Gefordert wird mithin eine Passivierung mehr oder weniger aller Aktionsparameter, so daß kein nennenswerter Bereich einer eigeninitiierten Marktstrategie mehr auszumachen ist³⁾.

1) Vgl. Gabriel, BB 1974, S. 1405 ff. (1406). - Auf eine "Destruktion" des Preiswettbewerbs zielt bereits der Beitrag des Autors "Preise und Wettbewerb", MA 1964, S. 627 ff.; ebenda wird - in Auseinandersetzung mit dem Beitrag von Schmidt "Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB (WuW 1964, S. 120 ff.) - unter Berufung auf amerikanische Wettbewerbstheoretiker abschließend festgestellt, der größte Fortschritt der amerikanischen Wirtschaft im letzten halben Jahrhundert sei nicht in einer Verbilligung der Produkte zu sehen, sondern in der Herstellung völlig neuer Waren sowie einer gewaltigen Qualitätsverbesserung (ebenda, S. 652). Auch zur Zulässigkeit einer gerichtlichen Preismißbrauchsaufsicht äußert sich Gabriel skeptisch. Vornehmlich wird kritisiert, daß den Rechtsanwendungsorganen überhaupt keine justitiablen Maßstäbe zur Verfügung stünden. (Preismißbrauchsaufsicht - Versuch einer Zwischenbilanz, S. 263 ff.; ferner: Preiskontrolle im Rahmen der Wettbewerbspolitik.

2) Vgl. Schmidt, Die Bedeutung des Preiswettbewerbs im Begriff des wesentlichen Wettbewerbs, S. 307 ff.

3) Vgl. Grundbegriffe des GWB, S. 384 f.; zur späteren Modifikation vgl. BB 1973, S. 101 ff. (107).

Knöpfe erblickt das Wesen des Wettbewerbs in der Beschränkung des Verhaltensspielraums der Unternehmen durch die Wahl- und Ausweichmöglichkeit der Marktpartner sowie in den wettbewerblichen Risiken und Chancen. Wenn mehrere Unternehmen auf derselben Marktseite stehen, besteht nach seiner Meinung normalerweise ein wesentlicher Wettbewerb in allen Bereichen, die für die Kontrahierungsbereitschaft der Marktpartner maßgeblich sind. Dieser "von Natur aus" gegebene Wettbewerb kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände (z.B. bei Preismeldestellen) ausgeschlossen oder vermindert sein¹⁾).

Reich hat in mehreren Beiträgen den Versuch unternommen, ein Verbraucherrecht als eigenständiges Rechtsprinzip zu etablieren und auch das Wettbewerbsrecht unter expliziter Einbeziehung der Interessen der privaten Endverbraucher neu zu strukturieren. Mit Verweis auf die schutzwürdigen Interessen der unterlegenen Verbraucher, deren Inferiorität er durch die Kartellrechtsnovelle von 1973 berücksichtigt sieht, glaubt er einen hinlänglichen Auslegungsmaßstab für § 22 Abs. 2 gefunden zu haben. Gleichpreisigkeit auf oligopolistischen Märkten schließt die Annahme eines wesentlichen Wettbewerbs aus; Forschungs- sowie Werbungswettbewerb und andere Nebenformen der Konkurrenz sprechen ebensowenig für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs wie Marktanteilsverschiebungen²⁾.

Andere Autoren erblicken den zweck der Mißbrauchsaufsicht im Schutz der Marktpartner sowie der Außenseiter vor der Marktmacht der Oligopolisten. Eine mißbräuchliche Verhaltensweise wird für möglich gehalten, wenn zwischen den Oligopolisten Preiswettbewerb fehlt. Davon wird gleichermaßen ausgegangen bei Preissenkungen zur Verdrängung von Außenseitern wie bei Preiserhöhungen auf ein ungerechtfertigtes (mißbräuchliches) Niveau. Der Einsatz nichtpreislicher Aktionsparameter soll irrelevant sein, und eine Interventionsmöglichkeit erscheint geboten, wenn zwischen den Unternehmen Wettbewerb in

1) Vgl. Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, S. 307 ff.; ders., BB 1983, S. 1421 ff.

2) Vgl. insbesondere Reich u.a., Verbraucher und Recht, S. 49 ff.

Qualität oder Wettbewerb in Werbung besteht, Preiswettbewerb hingegen fehlt¹⁾. In besonders dezidierter Form vertritt Möschel die Ansicht, daß die Schutzbedürftigkeit des nach § 22 GWB in seiner Handlungsfreiheit geschützten Personenkreises gegenüber der Unausweichlichkeitswirkung von Marktmacht das entscheidende Kriterium sei und die Präzisierung der oligopolistischen Normadressaten bereits vom Mißbrauchstatbestand her zu erfolgen habe. Die Rechtfertigung für eine Gleichbehandlung der marktbeherrschenden Einzelunternehmen sowie des marktbeherrschenden Oligopols wird in einer möglichen Identität der Wirkungen auf Dritte erblickt, und eine solche Unausweichlichkeit gegenüber dem Gruppeneffekt des Oligopols wird auch bei Stilllegung lediglich eines Aktionsparameters für möglich gehalten²⁾.

Unmittelbar einschlägig sind schließlich die wettbewerbstheoretischen Überlegungen von Hoppmann zum "Konzept des wirksamen Wettbewerbs". Danach ist es erfahrungswissenschaftlich spekulativ und zugleich verfehlt, den Wettbewerb in einzelne Aktionsparameter aufzuspalten und die Kompetitivität der einzelnen Parameter separat zu beurteilen. Die Effektivität singulärer Parameter ist nicht saldierbar, und ebensowenig wird eine Selektion von Parametern zur Beurteilung von Marktmacht für hinreichend gehalten. Die These von der gesonderten Beurteilung des Preiswettbewerbs sowie von seinem Vorrang gegenüber dem Nichtpreiswettbewerb wird der traditionellen Preistheorie zugeschrieben, die als normativer Maßstab für untauglich gehalten wird³⁾.

1) Vgl. Baur, ZHR 134 (1970), S. 97 ff. (145 ff.); ders., BB 1973, S. 915 (920); ebenso Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, S. 19 ff.; Schmidt WuW 1965, S. 470.

2) Vgl. Der Oligopolmißbrauch, S. 171 ff.; ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 318 ff.; ders., in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 22 Rdnr. 79 ff.

3) Vgl. z.B. die Abhandlungen des Autors: Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs; Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. :

3. Repräsentanz sowie methodische Implikationen der originären Lösungsansätze

a) Wissenschaftliche "Unergiebigkeit" einiger Stimmen

Eine Stellungnahme zu den soeben referierten Positionen kann sich teilweise mit knappen Hinweisen begnügen:

Es mag dahinstehen, ob die im Rahmen der §§ 3, 12 (Mißbrauchsaufsicht über Rabattkartelle) von der Judikatur entwickelte Mosaiktheorie auf § 22 übertragen werden kann¹⁾. Ein bloßer Verweis auf diese Rechtsprechung enthält keinen eigenständigen Begründungskern. Er ist ebensowenig wissenschaftlich diskussionsfähig wie die Frage, ob die (einst) vom BKartA gehegte Befürchtung, die Mosaiktheorie werde von der Rechtsprechung auch im Rahmen des § 22 Abs. 2 zugrunde gelegt²⁾, begründet war.

Das gleiche Verdikt verdient die apodiktische Berufung auf die Rechtsprechung zum Begriff des wesentlichen Preiswettbewerbs i.S. des § 16 a.F. Dies um so mehr, als der BGH in seinen Entscheidungen die Frage, ob wesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 eine signifikantere Konkurrenzbeziehung erfordere als die konkret beurteilte Preisführerschaft, die sich lediglich durch die Existenz von Mitanbietern im Ausmaß von Preiserhöhungen etwas gebremst sah, offengelassen respektive verneint hat³⁾.

Wenig ergiebig ist ferner eine Auseinandersetzung mit Autoren (z.B. Gabriel, Schmidt), die sich damit begnügen, die These von der Prärogative des Preiswettbewerbs (oder die Gegenthese) durch Hinweise auf wissenschaftliche Repräsentanten der

1) Ein solcher Transfer wird beispielsweise von der Monopolkommission im Sondergutachten I, S. 26 mit Rücksicht auf die unterschiedliche Zielsetzung der §§ 22 und 3, 12 verneint.

2) Vgl. TB 1970, S. 11.

3) So ist z.B. in der Tennisball-Entscheidung vom 26.03.1970 (NJW 1970, S. 1040 (1043) zu lesen: "Daß dieser Preiswettbewerb ein "wesentlicher" Wettbewerb etwa i.S. des § 22 sein müßte, ist dem Wortlaut und Sinnzusammenhang des Gesetzes nicht zu entnehmen". Vgl. ferner BGH, NJW 1973, S. 243 ff. (244 f.) ("Original-VW-Ersatzteile").

Theorie des "workable competition" zu begründen. Ganz abgesehen davon, daß vorab die methodische Frage zu klären wäre, ob und inwieweit von der Realität abstrahierende Modellaussagen eine Entscheidungshilfe bei der Konkretisierung von juristischen Zweckbegriffen sein können, ist der Verweis auf bestimmte Wettbewerbstheorien oder gar nur einige ihrer namhaften Vertreter allein zur Absicherung eines eigenständig ausgewiesenen Argumentationszusammenhangs wissenschaftlich kaum diskutabel¹⁾.

b) Eigenständige Lösungen und Repräsentanz

Somit verbleiben als diskussionfähige Lösungsvorschläge zum einen jene beiden Positionen, die mit den Namen Sandrock und Knöpfle verbunden sind. Beide Autoren haben erstmalig um die Mitte der 60er Jahre - offenbar im Anblick der sich zuneh-

1) Zu welchen Formen der Auseinandersetzung eine "Methode" führt, die sich des eigenen Begründungszwangs durch Berufung auf wissenschaftliche "Kapazitäten" enthoben fühlt, zeigt die rabulistische Textreplik von Schmidt der in Erwiderung auf den Beitrag von Gabriel ebenfalls Abbott mit dem Zitat bemüht: "Immer, wenn der Preis im Verhältnis zum Produkt zu hoch ist, oder anders ausgedrückt: wenn die Qualität des Produktes im Verhältnis zum Preis zu schlecht ist - müssen die Produzenten aufgrund des Wettbewerbs ihre Angebote ändern und sie reizvoller gestalten. Deshalb ruft der Qualitätswettbewerb ebenso wie der Preiswettbewerb Verhaltensweisen hervor, die die Ausschaltung zu hoher Gewinne zur Folge haben". (vgl. Abbott, Qualität und Wettbewerb, S. 199, zit. Schmidt, Die Bedeutung des Preiswettbewerbs, S. 313) - Die Duplik ließ nicht lange auf sich warten: "Diese Arbeit (von Schmidt) ist", so vermerkt Hoppmann einige Zeit darauf in einer Fußnotiz (Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs, S. 8), "abgesehen davon, daß in ihr die Preistheorie falsch dargestellt wird, ein illustratives Beispiel für eine weitverbreitete Verständnislosigkeit bezüglich marktprozessualer Vorgänge. Weder hat dieser Autor die bahnbrechenden Arbeiten von Hayeks (1937, 1945, 1946, 1964) noch das monumentale Werk von Clark (1961) zur Kenntnis genommen". Und einige Seiten weiter (S. 13) wird jener Ansicht, welche die Aufspaltung des Wettbewerbs in einzelne Parameter mit einem Hinweis auf die Theorie des "workable competition" begründet, eine unzureichende Belesenheit vorgehalten. Wie Clark zwei Jahrzehnte nach Veröffentlichung seines berühmten Vortrages eingeräumt habe, so belehrt Hoppmann seine Leser, sei der Versuch, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch Definition wettbewerbsfreundlicher Zustände zu umschreiben, gescheitert.

mend herausbildenden oligopolistischen Marktstrukturen - den Versuch unternommen, den Begriff des Wettbewerbs für die Zwecke der Rechtsanwendung praktikabel und neu - im Gegensatz zum irrealen Konstrukt der vollkommenen Konkurrenz, das in den Materialien zum GWB vielfach in Bezug genommen ist, - zu definieren.

Ferner bedarf es einer detaillierten Auseinandersetzung mit den Positionen von Reich, Möschel und Hoppmann. Ihre detaillierten Ausführungen zum Begriff des wesentlichen Wettbewerbs sind jeweils eingebettet in einen umfassenden theoretischen Abteilungszusammenhang. Methodische und konzeptionell unterscheiden sich die Programmentwürfe jedoch erheblich. Die Autoren stehen repräsentativ

- für eine am Sozialstaatsangebot orientierte alternative Rechtskonzeption, welche (auch) das Wettbewerbsrecht als Verbraucherschutzrecht konzipiert und von dieser Zielsetzung instrumentalisiert (Reich);
- für eine (neoliberale) Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen, die nach den Voraussetzungen für die Ausübung wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten fragt und nach Geschehensabläufen, die solche Handlungsfreiheiten beeinträchtigen (Möschel)¹⁾;
- für eine Konzeption der Wettbewerbsfreiheit, die Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (Problemlösungsverfahren) sowie als gesamtwirtschaftlichen Prozeß begreift (Hoppmann).

Die vorstehenden Ansätze und wettbewerbstheoretischen Positionen werden im folgenden kritisch nachgezeichnet. Die Längsschnittanalyse nimmt ihren Ausgangspunkt bei den allgemeinen methodischen und ordnungstheoretischen Prämissen, um sodann den Ableitungszusammenhang bis hin zur Definition des wesentlichen Wettbewerbs nachzureichen. Insgesamt geht es darum, die Sinnfälligkeit des allgemeinen theoretischen Vorverständnisses sowie der einzelnen Argumentationsschritte zu beleuchten, und zwar vornehmlich unter den Aspekten der Geschlossenheit der

1) Auch die Positionen von Baur, Mestmäcker sowie anderer Autoren, die sich im vorliegenden Zusammenhang auf den Schutzzweck der Mißbrauchsaufsicht berufen, sind dieser Theorie zuzuordnen.

Wertung und der Zwecktauglichkeit der Ziel-Mittel-Relation (Effektivität)¹⁾.

II. Die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs mittels der Marktformenlehre sowie einer näher umschriebenen Wettbewerbslage

1. Die Ableitung des Rechtsbegriffs aus den wettbewerbs- und preistheoretischen Modellvorstellungen in bestimmten Marktformen (Sandrock)

a) Methodische Grundlegung und Entwicklung eines allgemeinen Wettbewerbsbegriffs

Ausgehend von der Überzeugung, daß den von der Wirtschaftswissenschaft durchgeführten Analysen des Marktgeschehens bei der Auslegung der kartellrechtlichen Begriffe eine wichtige Entscheidungshilfe zukommt²⁾, fordert Sandrock zunächst, daß sie die Interpretation wettbewerbsrechtlicher Normen nicht in Widerspruch setzen darf zu den wirtschaftstheoretischen Erkenntnissen; das Recht habe auf die besonderen Gesetzmäßigkeiten des realen Marktgeschehens Rücksicht zu nehmen, zumal der Jurist die wirtschaftlichen Folgen seiner Entscheidung mit zu reflektieren habe³⁾. Zudem wird gefordert, daß bei der Auslegung des GWB die vom Gesetzgeber verfolgten wirtschaftspolitischen Leitziele berücksichtigt werden⁴⁾. Insoweit wird zwar eine Heranziehung der Vorstellungen des Neoliberalismus als

1) Zu den Sinnfälligkeitskriterien vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 7 f.

2) Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 3 ff.

3) Vgl. ebenda, S. 28 ff.

4) Vgl. ebenda, S. 33 ff.

allgemein verbindliche Interpretationslinie verworfen¹⁾). Wohl aber komme in den Bestimmungen des GWB das allgemeine Leitziel einer Kontrolle wirtschaftlicher Macht zum Ausdruck. Darüber hinaus sei es durchaus möglich, im Wege teleologischer oder historischer Interpretation für bestimmte Einzelvorschriften spezifische Interventionskriterien zu erschließen²⁾).

Entsprechend dem Methodenverständnis von einer Wirtschaftstheorie im Dienste des Wettbewerbsrechts wird sodann der kartellrechtliche Wettbewerbsbegriff entwickelt. Mit Hilfe der Marktformenlehre werden zunächst die Monopolfälle aus dem Wettbewerbsbegriff ausgeklammert. Zwar strebt der Monopolist auch nach Geschäftsabschlüssen; im Gegensatz zum Polypolisten und

- 1) Dem Wortlaut des GWB, so konstatiert Sandrock zutreffend, sei ein umfassendes Leitbild der vollständigen Konkurrenz nicht zu entnehmen (S. 43). Auch die historische Auslegung versage; der von ordoliberalen Vorstellungen geprägte Regierungsentwurf sei parlamentarisch kontrovers diskutiert und erheblich abgeändert worden (ebenda). Auch ein teleologisches Vorgehen, das auf ein die Gesamtheit oder Teilbereich der Wirtschaft umfassendes Leitbild Bezug nehme, sei methodisch nicht vertretbar (S. 45 ff.). So dürfe der Richter bei der Auslegung nicht auf die "Wirtschaftsordnung" eines Böhm oder Eucken rekurrieren, da die einschlägigen Rechtsmaterien (Privat-, Handels-, Steuer-, Wettbewerbsrecht) nicht eindeutig konzeptioniert seien. Das Programm der ordoliberalen Schule sei nur teilweise eingelöst. Viele Rechtsmaterien stünden zu dem von Eucken und Böhm entworfenen Bild einer Wettbewerbsordnung in Widerspruch (z.B. keine Konzentrationskontrolle) (S. 49).
- 2) Vgl. Sandrock, ebenda, S. 58 ff. - Beispielhaft verweist der Autor auf die Gesetzesgeschichte und Systematik des § 22, dem er das wirtschaftspolitische Leitbild einer ausnahmslosen Erfassung aller Unternehmen, die aufgrund ihrer Marktposition ihre Marktmacht mißbrauchen können, entnimmt, um sodann den oligopolistischen Preisführer kraft Marktmacht der Mißbrauchsaufsicht (gem. § 22 Abs. 1) zu unterstellen. Dem Begriff "Preiswettbewerb" in § 16 Abs. 1 a.F. wird das Leitziel des Gesetzgebers entnommen, die vertikale Preisbindung in gewissen Grenzen zuzulassen sowie die Konkretisierung des Begriffs maßgeblich an diesem wirtschaftspolitischen Ziel zu orientieren (S. 59). Insoweit wird dem wirtschaftspolitischen Ausschuß vorgehalten, den Preiswettbewerb in Verkenntung der Realität als die wesentliche Form des Wettbewerbs bezeichnet zu haben. Um den Begriff "Preiswettbewerb" mit der ökonomischen Wirklichkeit zu harmonisieren, wird jede Form des Wettbewerbs als hinreichende Zulässigkeitsvoraussetzung einer vertikalen Preisbindung angesehen (S. 459 ff.).

Oligopolisten ist er jedoch in seinem Geschäftserfolg nicht von dem Verhalten weiterer Konkurrenten fühlbar abhängig. Hieraus ergibt sich der folgende, auf oligopolistische und polypolistische Marktformen abstellende Wettbewerbsbegriff¹⁾:

Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben von Unternehmen nach Geschäftsabschlüssen mit Kunden und Lieferanten, wenn das einzelne Unternehmen dabei in seinem Geschäftserfolg von dem Verhalten anderer, ihm als Einzelunternehmen oder als Gruppe zur Seite stehender Unternehmen (einseitig²⁾ oder zweiseitig³⁾) fühlbar abhängig ist und wenn es sein marktstrategisches Verhalten deshalb nach dem Verhalten dieser anderen Unternehmen, zu denen auch potentielle Rivalen zu rechnen sind, ausrichten muß, indem es bei der Vornahme seiner Wettbewerbshandlungen zur Förderung des Absatzes/Bezuges die entsprechenden Wettbewerbshandlungen der anderen Unternehmen berücksichtigt.⁴⁾

Durch eine solche Globaldefinition, die mittels des Kriteriums der fühlbaren Abhängigkeit lediglich diejenigen Fälle ausschaltet, in denen überhaupt kein Wettbewerb besteht, ist freilich für die konkrete Rechtsanwendung nicht viel gewonnen. Die Rechtsordnung setzt nämlich bereits bei einem geringeren Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung ein (z.B. im Rahmen des § 1 GWB bei einer Beschränkung des Wettbewerbs, bei § 22 Abs. 2 bereits beim Fehlen wesentlichen Wettbewerbs). Somit bedarf der Begriff des Wettbewerbs der inhaltlichen Präzisierung, und diese gewinnt Sandrock durch die Übernahme von Beurteilungskriterien aus der wettbewerbs- und preistheoretischen Marktformenlehre.

1) Vgl. ebenda, S. 123 ff., 126 ff.

2) Polypol, Sandrock, vgl. ebenda, S. 89 ff.

3) Oligopol, ebenda, S. 93.

4) S. 129 f.

b) Wirtschaftswissenschaftliche und juristische Klassifikation
des Oligopols

aa) Erkenntnisse der Marktformenlehre und wettbewerbspolitische
Bewertung

Im Hinblick auf oligopolistische Märkte wird in Übereinstimmung mit Modellaussagen der Oligopol- und Preistheorie für den Regelfall, sprich: beim "friedfertigen" Oligopol einschließlich der barometrischen Preisführerschaft von einer Gleichpreisigkeit ausgegangen. Das bedeutet jedoch nicht, daß es auf oligopolistischen Märkten überhaupt an (intensivem) Wettbewerb fehlt. Da eine Preiskonkurrenz für die Oligopolisten wenig vorteilhaft ist, wird die Konkurrenz auf dem Gebiet der nichtpreislichen Aktionsparameter ausgetragen (Werbung, Service, Produktdifferenzierung, etc.)¹⁾.

Eine solche Gleichpreisigkeit wird von Sandrock im Ausgangspunkt durchaus positiv beurteilt: Solange nur die Preise mehr oder weniger identisch und stabil gehalten werden, besteht keine Veranlassung, nach staatlicher Abhilfe zu rufen²⁾. Der Oligopolpreis wird in der Regel zwischen dem Monopolpreis und dem Polypolpreis angesiedelt sein, und daher kann der Höhe des Oligopolpreises keine wirtschaftspolitische Bedeutung beigemessen werden³⁾. Von einer Wettbewerbsbeschränkung kann auch deshalb nicht die Rede sein, weil der Preiswettbewerb durch um so härteren Nichtpreiswettbewerb substituiert sein kann. Anders lautet die wirtschaftspolitische Wertung jedoch, wenn die Unternehmen die meisten oder sogar alle weiteren Aktionsparameter stillgelegt haben. Eine solche Erscheinung wird für bedenklich gehalten, da sie den Unternehmen ermöglicht, zumindest angenäherte Monopolpreise zu fordern und diese ggfs. über eine längere Zeit aufrecht zu erhalten⁴⁾.

1) Vgl. Sandrock, ebenda, S. 336 ff. insb. 348 ff.

2) Vgl. ebenda, S. 350 f.

3) Vgl. ebenda, S. 351, Fußnote 85.

4) Vgl. ebenda, S. 351 - Bei einer solchen umfassenden Wettbewerbsbeschränkung vermutet Sandrock das Vorliegen einer Verhaltenskoordination (Kartellvertrag, Gentlemen Agreement, abgestimmtes Verhalten), ebenda.

Als Sonderfall des gleichförmigen Verhaltens bezeichnet Sandrock die sog. Preisführerschaft¹⁾. Insoweit wird wirtschaftstheoretisch zwischen einer "Preisführerschaft kraft Marktmacht" und einer "barometrischen Preisführerschaft" unterschieden²⁾. Entsprechend den wirtschaftstheoretischen Abgrenzungsmerkmalen fällt die wettbewerbspolitische Wertung dieser beiden Formen der Preisführerschaft unterschiedlich aus³⁾: Die Form des barometrischen Preisführers wird als zwangsläufige Erscheinung der oligopolistischen Marktstruktur begriffen. Das Unternehmen ist an entsprechende Veränderung der Kosten- und Nachfragestrukturen gebunden. Es kann keine monopolistischen Preise fordern, und daher besteht wirtschaftspolitisch kein Interventionsanlaß. Ganz anders hingegen bei der Preisführerschaft kraft Marktmacht, welche die Berechnung monopolistischer Preise ermöglicht. Hier ist der Gesetzgeber, der die Förderung des Wettbewerbs zum Ziel erhoben hat, aufgerufen, nach geeigneten Ansatzpunkten für wirtschaftspolitische Maßnahmen zu suchen.

bb) Juristische Konsequenzen

Angesichts solcher wirtschaftstheoretischen und wirtschaftspolitischen Untersuchungen liegt die Spezifikation des Tatbestandsmerkmals "wesentlicher Wettbewerb" i.S. des § 22 Abs. 2 auf der Hand:

- Da eine Gleichpreisigkeit als Normalzustand im Oligopol angesehen wird, ist es nicht zulässig, schon diesen Normalzustand mit einem "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" gleichzusetzen. Andernfalls würde jeder Oligopolist, der nicht gerade in einem Preiskampf begriffen ist, der Mißbrauchsaufsicht gem. § 22 Abs. 2 unterstellt - eine Konsequenz, die nach Ansicht von Sandrock weder mit den Gesetzesmaterialien noch mit dem Wortlaut des Oligopoltatbestandes vereinbar ist. Von einem "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" kann nach seiner Meinung nur gesprochen wer-

1) Vgl. ebenda, S. 355 ff.

2) Vgl. ebenda, S. 356 ff.

3) Vgl. ebenda, S. 356 ff., S. 360.

den, wenn die Unternehmen auch die übrigen Aktionsparameter (Qualitäts-, Nebenleistungs- und Werbekonkurrenz etc.) ganz oder teilweise stillgelegt haben¹⁾.

- Die gleiche juristische Beurteilung erfährt der barometrische Preisführer. Auch er untersteht der Mißbrauchsaufsicht gem. § 22 Abs. 2 solange nicht, wie sich die Gleichförmigkeit nur auf die Preise bezieht²⁾.

- Die Preisführerschaft kraft Marktmacht wird hingegen als quasi-marktbeherrschende Einzelstellung qualifiziert und damit der 2. Alternative des § 22 Abs. 1 unterstellt³⁾.

c) Die These von der Gleichpreisigkeit als oligopolistischer Normalzustand - eine unzulässige Verallgemeinerung von Modellaussagen der Oligopoltheorie

Die Ausgangsthese Sandrocks von der oligopolistischen Gleichpreisigkeit als Normalzustand geht - wie jede modelltheoretische Ableitung - von statischen Voraussetzungen aus und blendet daher eine Veränderung der Marktdaten aus. Die preistheoretischen Erkenntnisse beziehen sich daher nicht auf Oligopolmärkte schlechthin, sondern nur auf Märkte des engen (reifen) Oligopols, das tendenziell keine Änderung der Marktdaten kennt. In dieser Marktform konkurrieren nur wenige Anbieter, mit Newcomern ist angesichts hoher Marktzutrittsschranken kaum zu rechnen; eine weitgehende Produkthomogenität sowie eine relativ große Markttransparenz schaffen jenen Grad an oligopolistischer Interdependenzen, der es dem einzelnen Anbieter marktstrukturell unmöglich macht, mittels einer originären Preispo-

1) Vgl. ebenda, S. 384 f.

2) Vgl. ebenda, S. 387.

3) Vgl. ebenda, S. 378 ff. - Nach Einführung des neuen Tatbestandes der überragenden Marktstellung (§ 22 Abs. 1 Nr. 2) in der Kartellrechtsnovelle 1973 dürfte Sandrock die oligopolistische Preisführerschaft kraft Marktmacht diesem Marktbeherrschungstatbestand zuordnen.

litik Marktanteile zu gewinnen¹⁾.

Demgegenüber ist festzustellen, daß nichts dafür spricht, daß die Vorschrift des § 22 Abs. 2 nur das enge Oligopol erfassen soll. Bereits Wortlaut und Systematik des Gesetzes sprechen gegen eine solche restriktive Interpretation. Wenn die Vermutungstatbestände der §§ 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 (und § 23 a Abs. 2 S. 1) von höchstens fünf Mitgliedern eines Oligopols ausgehen, so ergibt sich daraus noch keine Einengung der grundsätzlichen Regelung des § 22 Abs. 2 GWB. Die Vermutungen erfassen vielmehr Tatbestände, bei denen das äußere Merkmal der Marktanteile in besonders signifikanter Weise die Existenz eines Oligopols belegt. Die maßgebende Grundnorm des § 22 Abs. 2 selbst läßt die Anzahl der an einem Oligopol beteiligten Unternehmen offen. Ebensowenig fordert sie einen bestimmten Grad an Marktvollkommenheiten (Markttransparenz, Produkthomogenität). Daher ist diese Vorschrift auch anwendbar, wenn das Marktbild nicht den prägnanten Erscheinungsformen eines engen Oligopols entspricht²⁾.

1) Hoppmann, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, JbNST, Bd. 179, S. 286 ff., 312 f.; ferner Höfer, Abgestimmtes Verhalten - ein Zentralproblem der Wettbewerbspolitik, S. 108 ff. - Auch die von Sandrock (S. 347) zitierten Wirtschaftswissenschaftler gehen augenscheinlich von der Marktform des engen Oligopols aus. Das klingt auch unmittelbar in den Ausführungen von Sandrock an, ist doch bei ihm u.a. zu lesen: "Je vollkommener der Markt aber ist, auf dem er (der Oligopolist) seine Güter anbietet, desto mehr wird er seinen Spielraum eingeengt vorfinden. Bei einem total vollkommenen Markt würde schon die geringste Abweichung nach oben zum Verlust der gesamten Nachfrage führen". (S. 347). Ferner: "Je kleiner ihre Zahl ist, um so eher wird eine solche "Preisdisziplin" einzuhalten sein" (S. 348).

2) Die Anwendbarkeit des § 22 Abs. 2 auf das weite Oligopol ist von der Rechtsprechung in dem Verfahren "Texaco-Zerssen" (WuW/E OLG 2663 (2666), BGH, BB 1984, S. 297 (298)) im Gegensatz zu einem Teil der Literaturmeinung prinzipiell anerkannt, wenngleich zu bedenken gegeben wird, daß mit zunehmender Zahl der Anbieter die Wahrscheinlichkeit einer Reaktionsverbundenheit abnimmt und angesichts der notwendigerweise geringen Marktanteile der beteiligten Unternehmen die Wahrscheinlichkeit eines funktionsfähigen Wettbewerbs steigt.

Zu beurteilen sind mithin auch weite Oligopole mit mehr oder weniger großer Produktdifferenzierung und Markttransparenz. Zwar besteht auch hier ein mehr oder weniger großer Grad an Reaktionsverbundenheit zwischen den einzelnen Anbietern. Das schließt indes den Versuch eines einzelnen Unternehmens nicht aus, durch einen Rabattwettbewerb, namentlich in der Form stillschweigender Rabatte, seine Marktposition zu behalten oder Marktanteile zu gewinnen. Weitere empirisch belegte Beobachtungen sprechen gegen eine strukturell bedingte Gleichpreisigkeit auf Oligopolmärkten als Normalzustand: Immer wieder geschieht es, daß Oligopolunternehmen Preisänderungen öffentlich ankündigen, kooperative Marktinformationen austauschen, sich gegenseitig über die Preise informieren, Preismeldestellen betreiben, ihre Kalkulationen austauschen und nicht zuletzt die Forderung nach Verbandskartellen stellen. All' diese Verhaltensweisen sind kaum denkbar, wenn auf oligopolistischen Märkten schlechthin die Ungewissheit über die Preispolitik der Rivalen ausgeräumt wäre. Aufschlußreich ist schließlich, daß in der Vergangenheit Preiskartelle nicht selten auf Märkten praktiziert worden sind, die eine oligopolistische oder eine oligopolähnliche Struktur hatten: Eine geringe Zahl von Anbietern harmonisierte ihre Interessen in einem Kartellvertrag. Eine Standardisierung der Produkte gewährleistete die Abgrenzung der vertraglich erfaßten Waren. Die Kostenstrukturen der Beteiligten lagen nicht weit auseinander. Eine Markttransparenz für die Kartellbeteiligten wurde durch Meldestellen, Kontrollsysteme und dergl. gewährleistet. Gleichwohl waren solche Kartellorganisationen nicht von dauerndem Bestand. Interne Interessengegensätze ließen solche Kooperationen, die teils sämtliche Aktionsparameter erfaßten und bis zu Investitionsabsprachen gingen, zerbrechen. Solche ökonomischen Erfahrungen sprechen einmal mehr gegen die These von der Gleichpreisigkeit auf Oligopolmärkten als Normalzustand. Es ist nicht recht einsehbar, weshalb Wettbewerbsverhältnisse in vertraglich gebundenen Kartellen weniger Bestand haben sollen als in vertraglich ungebundenen, lediglich strukturell vorgegebenen Oligopolsituationen¹⁾.

1) So Möschel, DB 1973, S. 509 ff. (510); ders., Der Oligopolmißbrauch, S. 173 f. - Zum Rabattwettbewerb als Indiz für die Existenz von Preiswettbewerb vgl. auch Baur, ZHR 134 (1970), S. 143.

Die juristische Deduktion von Sandrock, das gleichförmige Preisverhalten könne nicht als "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" i.S. des § 22 Abs. 2 gewertet werden, von einem Fehlen wesentlichen Wettbewerbs könne man nur sprechen, wenn die Unternehmen auch die nichtpreislichen Aktionsparameter ganz oder teilweise ausgeschaltet hätten, vermag mithin nicht zu überzeugen. Sie basiert auf einer unzulässigen Verallgemeinerung von wirtschaftstheoretischen Aussagen zum engen Oligopol.

d) Der Oligopolbegriff - ein juristischer Zweckbegriff mit spezifischer Zielsetzung

Sandrock entleiht nicht nur seine These von der Gleichpreisigkeit im Oligopol der traditionellen Marktformenlehre. Auch seine weiteren Ableitungs- und Klassifikationskriterien - so die idealtypische Unterscheidung zwischen dem Preisführer kraft Marktmacht, der Monopolpreise fordern kann, und dem barometrischen Preisführer, der nicht selbstherrlich die Preise festsetzen kann, vielmehr an die Veränderungen der Kosten- und Nachfragestrukturen gebunden ist, - reflektieren modelltheoretische Erkenntnisprogramme, mithin Aussagen, die unter Einführung bestimmter Prämissen auf die Erklärung des Marktverhaltens von Unternehmen (hier schwerpunktmäßig im Hinblick auf die Preisbildung) zielen.

Erklärungsmuster, die auf diese Weise in abstrahierenden Modellen gewonnen werden, haben mit der konkreten Wirklichkeit nichts zu tun. Es werden Ausgangs-, Übergangs- und Endzustände eines komplexen Marktgeschehens analysiert. Wie es indes zu den angeblich gegebenen Nachfragekurven usw. kommt, also die Prozesse der Datenänderung und der Anpassung sowie ihrer treibenden Kräfte, bleiben außerhalb der Betrachtungsweise¹⁾.

Solche Modelle scheiden als wettbewerbspolitische Orientierungsrahmen aus.

1) Vgl. Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S. 162 ff.; Hoppmann, Neue Wirtschaftspolitik: Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikro-Steuerung, JbNSt Bd. 184 (1970), S. 397 ff.; vgl. ferner Arndt, Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, S. 33 ff.; Möschel, Wettbewerb im Schnittpunkt, S. 335.

Bereits die Einsicht, daß sie keine Aussagefähigkeit mehr haben, falls auch nur eine ihrer Voraussetzungen (z.B. Standardisierung der Produkte, Änderung der Kosten bei Größenänderung des Betriebes, Flexibilität der Produktionskapazität) in der Wirklichkeit fehlt, schließt dies aus¹⁾. Aber auch als Richtlinie für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe im Kartellrecht können solche Modellanalysen aus den Denkkategorien der Wirtschaftswissenschaften nicht herangezogen werden. Dies gilt auch für die kartellrechtliche Bestimmung des marktbeherrschenden Oligopols. Insoweit ist nicht einmal von entscheidender Bedeutung, daß die wirtschaftstheoretischen Aussagen zum Oligopol höchst unterschiedlich sind²⁾. Gewichtiger ist vielmehr: Wie bei jedem Rechtsbegriff, so handelt es sich auch beim marktbeherrschenden Oligopol um einen spezifischen Zweckbegriff, der von den normativen Wertungen des Gesetzgebers her interpretiert werden muß. Seine inhaltliche Tragweite läßt sich nur unter Berücksichtigung der (allgemeinen) wirtschaftspolitischen Leitziele sowie des (konkreten) Schutzzweckes erschließen³⁾.

- 1) Vgl. Clark, Toward a concept of workable competition, AER, 30 (1940), S. 241 ff.; in deutscher Übersetzung "Zum Begriff eines funktionsfähigen Wettbewerbs", veröffentlicht in: Herdzina (Hrsg.), Wettbewerbstheorie, S. 143 ff.; ebenso Möschel, Wettbewerb im Schnittpunkt, S. 335.
- 2) Vgl. den Überblick bei Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 91 ff.
- 3) Vgl. Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 10; Möschel, 70 Jahre deutsche Kartellpolitik. Von RGZ 38, 155 "Sächsisches Holzstoffkartell" zu BGHZ 55, 104 "Teerfarben", S. 30. - Trotz dieser im Ausgangspunkt separaten Erkenntnisgegenstände der Wirtschaftswissenschaften und des Wettbewerbsrechts ist dem Gesetzgeber nicht untersagt, die zu regelnde Lebenswirklichkeit mittels wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse zu erschließen; in indirekter Vermittlung können Aussagen der Wirtschaftstheorie für eine Auslegung von Kartellrechtsnormen durchaus fruchtbar sein. Auch ist nicht ausgeschlossen, daß bei der tatrichterlichen Würdigung im konkreten Einzelfall die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften unterstützend herangezogen werden. - Daß dem Auslegungstopos "wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse" keine eigenständige Bedeutung zukommt, die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften vielmehr in dieser Weise einer "Übersetzung in die Denkkategorie des Rechts" (Lukes, Festschrift für Böhm, S. 199 ff., 213) bedürfen, ist in der kartellrechtlichen Methodenlehre weitgehend anerkannt (vgl. Immenga, Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Einleitung Rdnr. 29 m. zahlr. Nachw.).

Dieser lediglich subsidiäre Erkenntniswert der Wirtschaftswissenschaften für die Auslegung von Kartellrechtsnormen wird von Sandrock verkannt. Tendenziell weist er den Wirtschaftswissenschaften die ausschließliche Kompetenz zur Auslegung von Kartellrechtsvorschriften zu. Zwar ist in seinen methodischen Grundlegungen ein wenig relativierend zu lesen, der Wettbewerbsrechtler habe bei der Auslegung des GWB nicht nur auf die Erkenntnisse der Wirtschaftstheoretiker zurückzugreifen; er müsse auch die vom Gesetzgeber verfolgten wirtschaftspolitischen Leitziele berücksichtigen; insoweit bestünde eine Parallele in dem Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht einerseits und Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik andererseits¹⁾. Daß diese Parallelität indes weitgehend eine fingierte ist, hinter der sich bei näherem Zusehen eine eindeutige Dominanz wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse verbirgt, wird insbesondere bei der Behandlung des Marktbeherrschungstatbestandes deutlich. Selbst wenn man mit Sandrock als konkretes Leitziel des Marktbeherrschungstatbestandes die "ausnahmslose Erfassung aller Unternehmen, die aufgrund ihrer Marktstellung ihre Marktmacht mißbrauchen können"²⁾, begreift, so folgt daraus keineswegs, daß lediglich der oligopolistische Preisführer kraft Marktmacht der Mißbrauchsaufsicht untersteht³⁾. Im Gegenteil: Wenn der Gesetzgeber grundsätzlich alle Arten marktbeherrschender oder quasi-marktbeherrschender Stellungen der Mißbrauchskontrolle unterwerfen wollte, so liegt eine extensive Definition des Normadressatenkreises nahe, mithin eine Begriffsbestimmung, die auch preisgleich agierende Oligopolisten und barometrische Preisführer mit einbezieht. Eine solche "extensive" Interpretation liegt umso näher, als die einzige Rechtsfolge, die sich an die Bejahung der Marktbeherrschung innerhalb des § 22 knüpft, die schlichte Ermöglichung einer Mißbrauchsaufsicht ist, mehr nicht; in einem weiteren Schritt sind den Unternehmen immer noch konkret-mißbräuchliche Verhaltensweisen nachzuweisen. Wenn Sandrock demgegenüber lediglich

1) Vgl. Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 59.

2) Ebenda, S. 58.

3) Vgl. ebenda, S. 59; ferner ebenda, S. 378.

den oligopolistischen Preisführer kraft Marktmacht (als marktbeherrschendes Einzelunternehmen gem. § 22 Abs. 1) der Mißbrauchsaufsicht unterstellt, so geschieht dies ausschließlich aufgrund wirtschaftswissenschaftlicher Modellüberlegungen: Nur dieser kann die Preise autonom bestimmen und die gleiche Marktstrategie betreiben wie ein Monopolist. "Normale" Oligopolisten sind hingegen an die Nachfrage- und Kostenstrukturen gebunden, und daher scheint es plausibel zu sein, einen interventionspolitischen Handlungsbedarf zu verneinen¹⁾.

Wirtschaftstheoretische Überlegungen und entsprechende wirtschaftspolitische Wertungen determinieren auch - in gleicher, methodisch unzulässiger Weise - die Konkretisierung des juristischen Begriffs des "wesentlichen Wettbewerbs" i.S. des § 22 Abs. 2. Nur wenn die Oligopolisten außer der Preiskonkurrenz mehr oder weniger alle übrigen Aktionsparameter stillgelegt haben, so daß kein nennenswerter Bereich einer eigeninitiitierten

1) Vgl. ebenda, S. 356 ff. - Daß die Grenzen zwischen Preisführerschaft kraft Marktmacht und barometrischer Preisführerschaft fließend sind und bei der juristischen Klassifikation mit erheblichen Schwierigkeiten zu rechnen ist, sieht auch Sandrock (ebenda, S. 357, 378 ff.). Gleichwohl glaubt er, mittels bestimmter Erkenntnismittel (z.B. Preisentwicklung gemäß den allgemeinen Kosten- und Nachfragestrukturen, Ressourcenpotential und Marktstruktur) hinreichend operationalisierbare Abgrenzungskriterien benennen zu können. - Die Dominanz wirtschaftstheoretischer und -politischer Erwägungen wird u.a. bei der Interpretation des Begriffs des "Preiswettbewerbs" i.S. des § 16 Abs. 1 a.F. deutlich. Hier führt das methodische Axiom, die Auslegung von Kartellvorschriften dürfe sich nicht in Widerspruch setzen zu wirtschaftstheoretischen Erkenntnissen, zu einer gesetzwidrigen Korrektur des Gesetzeswortlauts, indem der Begriff "Preiswettbewerb" - unter Bezugnahme auf nationalökonomische Erkenntnisse sowie auf die in der ökonomischen Wirklichkeit anzutreffende Instrumentalisierung der unterschiedlichsten Aktionsparameter - mit "Wettbewerb" gleichgesetzt wird (vgl. ebenda S. 459 ff.).

Marktstrategie verbleibt, kann nach Sandrock von einem "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" gesprochen werden¹⁾. Letztlich impliziert ein solches Interpretationsverständnis, das sich wirtschaftstheoretisch und -politisch mit einem Hinweis auf eine monopolähnliche Situation ausweist²⁾, eine weitgehende Irrelevanz des Oligopolstatbestandes. Irgendwelche Spuren von Wettbewerb, sei es in Gestalt von Forschungswettbewerb, Qualitäts-, Service- oder Werbungswettbewerb, werden sich zwischen konkurrierenden Oligopolisten nämlich fast immer ausmachen lassen. Sicherlich sollten nach den Gesetzesmaterialien nicht alle Oligopolisten einer Mißbrauchsaufsicht unterstellt werden, sondern nur jene Unternehmen, bei denen es an einem "wesentlichen Wettbewerb" fehlt. Die Eingriffsschwelle einer Mißbrauchsaufsicht auf der Vorstufe der Normadressaten aber so hoch anzusetzen, daß diese faktisch entfällt, ist rechtsmethodisch wenig sinnvoll und ebenfalls nicht mehr mit der legislatorischen Zielsetzung in Einklang zu bringen³⁾.

1) Vgl. ebenda, S. 384 ff.

2) Vgl. ebenda, S. 351.

3) Daß eine solche umfassende Beschränkung des Wettbewerbs in der Realität seltene Ausnahme ist, wird auch von Sandrock indirekt zugestanden, vermag er als Beleg doch nur ein Beispiel aus der amerikanischen Rechtsprechung der 20er/30er Jahre zu benennen (ebenda, S. 351 f.). Das Beispiel ist überdies auch insofern nicht einschlägig, als Sandrock in concreto das Vorliegen einer Verhaltenskoordination zwischen den beteiligten Unternehmen vermutet; für eine Auffangfunktion des § 22 Abs. 2 bliebe demnach überhaupt kein Raum. - Einige Jahre später hat Sandrock - offenbar unter dem unmittelbaren Eindruck der hohen Preissteigerungsraten sowie der in der Wissenschaft und politischen Öffentlichkeit diskutierten "Hypertrophie des Werbungswettbewerbs" zu Anfang der 70er Jahre - seine Ansicht zu § 22 Abs. 2 im Zusammenhang mit der Diskussion um die Novelle von 1973 dahingehend abgeschwächt, daß der Bereich des fehlenden Wettbewerbs abzuwägen sei gegenüber dem Bereich des noch existenten Wettbewerbs und dabei zwischen den verschiedenen Parametern zu bilanzieren sei. So könne z.B. ein gleichförmiges Verhalten bezüglich der Preise, Rabatte, der Qualität etc. nicht durch einen intensiven Werbungswettbewerb ausgeglichen werden. Andererseits sei aber ein wesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 zu bejahen, wenn ein erheblicher Geheimwettbewerb in der Gewährung von Rabatten auszumachen sei. Dies habe selbst bei Gleichförmigkeit der Preise, der Qualität sowie der Konditionen und Werbung zu gelten (BB 1973, S. 101 ff. (107)).

Eine solch' restriktive Interpretation, die beim Einsatz bestimmter Aktionsparameter das "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" prinzipiell verneint, ist auch mit dem konkreten Schutzzweck des § 22 Abs. 2 unvereinbar. Nicht zuletzt die 4. Kartellrechtsnovelle von 1980 hat eindeutig klargestellt, daß eine Preiskontrolle - ungeachtet der methodischen Schwierigkeiten, die mit der Feststellung der zulässigen Preisobergrenze verbunden sind, - grundsätzlich legal ist und die Marktgegenseite vor überhöhten Preisen geschützt werden soll. Dieser spezifische Normzweck, der gleichermaßen für das marktbeherrschende Einzelunternehmen wie für die Oligopolgruppe gilt, wird außer acht gelassen, falls der Einsatz nichtpreislicher Aktionsparameter grundsätzlich ausreichend sein soll, um die Wesentlichkeit von Wettbewerb zu begründen. Auch wenn Oligopolisten ihr "strategisches Arsenal nicht zum wesentlichen Teil in der Rumpelkammer verstauben (lassen)"¹⁾, besteht ein Schutzbedürfnis der Marktgegenseite vor überhöhten Preisen. Dieses ist selbst und gerade dann anzunehmen, wenn die Unternehmen beachtlichen Nichtpreiswettbewerb (z.B. Innovations-, Qualitäts- und Werbungskonkurrenz) betreiben. Ein solcher Wettbewerb wird zwar zu Marktanteilsverschiebungen führen. Er garantiert aber nicht - wie Sandrock aufgrund preistheoretischer Modellvorstellungen annimmt -, daß der Höhe des Oligopolpreises keine wirtschaftspolitische Bedeutung zukommt, weil der Oligopolpreis in der Regel zwischen dem Monopol- und dem Polypolpreis liegen wird. Im Gegenteil: Gerade die Aktivierung der nichtpreislichen Aktionsparameter kann zu dem Zweck erfolgen, einen autonomen und tendenziell monopolistischen Preisgestaltungsspielraum zu erhalten²⁾.

1) Sandrock, ebenda, S. 385.

2) Zur Kritik an Sandrock aus der Perspektive dieser speziellen Schutzfunktion der Mißbrauchsaufsicht vgl. Baur, ZHR 134 (1970), S. 97 ff. (145 ff.); ders., BB 1973, S. 915 ff. (920); Möschel, DB 1973, 461 ff. (509 ff., 510); ders., Der Oligopolmißbrauch, S. 170 ff. (201 ff.); ferner jene Autoren, die sich bereits bei § 22 Abs. 1 mit dem Fehlen wesentlichen Preiswettbewerbs begnügen wollen, so z.B. Ulmer, BB 1970, S. 357 ff. (358 f.); Reich, NJW 1974, S. 1353 ff. (1356 ff.).

2. Der Begriff des Wettbewerbs und die "Realität des Wirtschaftslebens" (Knöpfle)

a) Zur Reflektion der veränderten Wirklichkeit durch die Wissenschaft - Rückblick und Bestandsaufnahme

Mit zunehmender Herausbildung oligopolistischer Marktstrukturen zu Beginn der 60er Jahre geriet die neoliberale Ordnungskonzeption auf den Prüfstand. Die augenfällige Kluft zwischen dem Modell der vollständigen Konkurrenz und der oligopolistischen Realität ließ nicht nur in der Wettbewerbstheorie und praktischen Wirtschaftspolitik die Frage nach einem neuen Leitbild für die Wettbewerbspolitik virulent werden¹⁾. Auch in

1) Zu nennen ist hier insbesondere die Habilitationsschrift von Kantzenbach (Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs), der im Jahre 1966 die Idee des funktionsfähigen Wettbewerbs aufgriff und sein Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität vorstellte. Ziel der Arbeit war es, einen neuen wirtschaftstheoretischen Ansatz zu einer Analyse des Wettbewerbs zu entwickeln, der durch eine stärkere Berücksichtigung der dynamischen Wettbewerbsfunktionen zu einer größeren Realitätsnähe und wirtschaftspolitischen Praktikabilität führt als die vormals vorherrschende statische Theorie der vollständigen Konkurrenz. In Anknüpfung an die dynamischen Wettbewerbsvorstellungen eines Schumpeter wird der Wettbewerb als eine Abfolge von Vorstoß- und Verfolgungsphasen verstanden. Ferner wird die Fragestellung Clarks nach den marktstrukturellen Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb übernommen. Versucht wird, systematische Zusammenhänge zwischen Marktstruktur (Marktformen) und Marktergebnissen (Gleichgewichtspreisen, Angebotsmengen) auch für die dynamische Prozeßtheorie auf deduktive Weise herauszuarbeiten. Insgesamt kommt der Autor zu folgendem Ergebnis: Funktionsfähige Wettbewerbsprozesse, die eine hohe Innovationsrate wie auch eine gute, flexible Faktorallokation bewirken, sind bei mittlerer parametrischer Interdependenz zwischen den Konkurrenten zu erwarten. Diese muß hinreichend hoch sein, um eine permanente Leistungsverbesserung zu bewirken, darf aber nicht so hoch sein, daß sie zu einer kurzfristigen Verdrängung der schwächeren Konkurrenten führt oder spontane Verhaltenskoordinationen zwischen den Konkurrenten ermöglicht. Insgesamt erscheint eine optimale Wettbewerbsintensität am ehesten im Bereich der weiten Oligopole mit mäßiger Produktdifferenzierung und unvollkommener Markttransparenz garantiert zu sein. (Zum Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs aus jüngerer Zeit vgl. Kantzenbach/Kallfass, Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs - workable competition, S. 101 ff.); S. 105 ff. - Die Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb hat auch einen gewissen Einfluß auf die praktische Wirtschaftspolitik gehabt. So ging die Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik im Bundeswirtschaftsministerium, der Kantzenbach angehörte, ebenfalls davon aus,

der Rechtswissenschaft wurde reflektiert, daß sich der reale Wettbewerb nicht in der Marktform der vollkommenen Konkurrenz vollzog. Zahlreiche Versuche wurden unternommen, den realen Wettbewerb der unvollkommenen Konkurrenz für die Zwecke der Rechtsanwendung praktikabel zu bestimmen. Weitgehend schloß man sich den "neueren" wirtschaftswissenschaftlichen Forschungsergebnissen an, denen zufolge der Wettbewerb als ein dynamischer, auf Handlungen der Marktteilnehmer basierender, sich im Zeitablauf vollziehender Prozeß zu verstehen war. Im einzelnen fielen die Definitionsvorschläge indes recht unterschiedlich aus: Teilweise hieß es, wirtschaftlicher Wettbewerb sei "das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen"¹⁾. Teilweise wurde das komplexe Phänomen "Wettbe-

noch zu S.88Fn. 1:

daß der Wettbewerb seine dynamischen Funktionen (Anpassungsflexibilität, rasche Durchsetzung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts und damit gesamtwirtschaftlichen Wachstums) nur bei einem gewissen Grad an monopolistischen Elementen entfalten könne, wenn auf den einzelnen Märkten große leistungsfähige Unternehmen vorstießen und dadurch die Intensität des Wettbewerbs steigerten. Marktvollkommenheiten seien in der Realität nicht nur nicht vermeidlich, sondern auch nötig. Die Herausbildung optimaler Größen und damit zugleich eine Verengung der Marktstruktur in Richtung auf Oligopole wurde begrüßt und zugleich wurde darauf gesetzt, daß - neben dem Aktionsparameter Preis - die für die unvollkommene Konkurrenz charakteristischen Erscheinungsformen des Nichtpreiswettbewerbs (Qualitäts- und Werbungswettbewerb, Verbesserung bestehender und Einführung neuer Produkte etc.) den Fortschritt und die Erhöhung des Lebensstandards vorantrieben (vgl. Karte, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, S. 38 ff.). Die Ergebnisse der Leitbild-Diskussion der Arbeitsgruppe gingen ein in die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für 1967 (BT-Drucksache V/2841, S. 2). Bereits in der Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Kartellamtes für 1966 findet sich die folgende Absage an das Modell der vollständigen Konkurrenz: "Wissenschaftliche Erkenntnisse, wettbewerbliche Erfahrungen und veränderte Wettbewerbsbedingungen bestätigen, daß die atomistische Konkurrenz nicht den Idealfall des Unternehmenswettbewerbs darstellt". (BT-Drucksache V/1950, S. 2).

- 1) Fikentscher, WuW 1961, S. 788 ff. (789). Insbesondere Sandrock hat diese Begriffsmerkmale aufgenommen und weiterentwickelt (vgl. Grundbegriffe des GWB S. 323 ff.)

werb" auch in einzelne juristische Bausteine zerlegt: Der Begriff der Wettbewerbsfreiheit sollte ein reiner Rechtsbegriff sein und die Freiheit meinen, "sich ohne den Einfluß eines fremden Willens nach eigenem Entschluß geschäftlich zu betätigen". Der Begriff Wettbewerb hingegen sollte keine Rechtsstellung definieren, sondern eine tatsächliche, von Einzelrechten und Einzelpflichten freie Angebotstätigkeit an die Nachfrager erfassen¹⁾. Nicht zuletzt wurde für das Erfassen des wirtschaftlichen Phänomens Wettbewerb ein Verständnis favorisiert, das den Wettbewerb in der Denkkategorie des Rechts als einen Handlungsablauf verstand, der eine Beeinträchtigung dann erfahren sollte, wenn die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit der beteiligten Akteure beeinträchtigt wurde²⁾.

Zu den Rechtswissenschaftlern, welche die Realitätsveränderung des marktwirtschaftlichen Systems zur Kenntnis nahmen, zählt auch Knöpfle. Seine im Jahre 1966 veröffentlichte Habilitationsschrift trat mit dem Anspruch an, einen präzisen juristisch-technischen Rechtsbegriff "Wettbewerb" herauszuarbeiten, der sich an der Wirklichkeit des Wirtschaftslebens orientierte und keine "geheiligten" theoretischen Vorstellungen unbesehen übernahm. Bei diesem Unterfangen wurde zunächst mit der vorherrschenden Ansicht von der günstigen gesamtwirtschaftlichen Auswirkung des Wettbewerbs gebrochen. Die Wirklichkeit zeige, daß die Anbieter keineswegs ständig - wie der Vergleich mit dem sportlichen Wettkampf suggeriere - einander an Preiswürdigkeit, Qualität und Service zu überflügeln suchten³⁾. Den Unternehmen sei nicht daran gelegen, "möglichst gute Erzeugnisse in möglichst großer Zahl 'unter das Volk zu bringen', sondern Gewinne zu erzielen."⁴⁾.

1) Vgl. im einzelnen zu dem Definitionsvorschlag von Plassmann, Rechtsbegriffe im Wettbewerb, JZ 1968, S. 81 ff. (90).

2) Vgl. Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, S. 199 ff. (223). - Einen umfassenden Überblick über die vormaligen Definitionsversuche gibt Baur in seiner Abhandlung "Das Tatbestandsmerkmal 'Wettbewerb'", ZHR 134, S. 97 ff., insb. S. 102 ff. Vgl. ferner Immenga in Mestmäcker/Immenga § 1 Rdnr. 191 ff.).

3) Vgl. Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, S. 112 ff.

4) Ebenda, S. 115.

Auch die Wirkungsweise des unpersönlichen Marktmechanismus wurde - gemessen am Modell der vollständigen Konkurrenz - in den Bereich idealistischer Phantasievorstellungen verwiesen. Kompilatorisch wurde dargelegt, daß sich gewöhnlich kein Marktpreis bilde¹⁾, das in der Realität vorherrschende heterogene Oligopol über einen monopolähnlichen Preisgestaltungsspielraum verfüge²⁾, die Unternehmen konjunkturelle Schwankungen mit einer Reduktion der Produktionsmenge beantworteten³⁾ und die Nachfrage durch Marketingmaßnahmen zu beeinflussen versuchten⁴⁾.

Nach solcher Destruktion des Modells der vollkommenen Konkurrenz durch die "rauhe Wirklichkeit"⁵⁾ und "bunte Vielfalt des Wirtschaftslebens"⁶⁾ begab sich die Monographie auf die Suche nach einem neuen Wettbewerbsbegriff und fand ihn in der Formel von den wirtschaftlichen Chancen, Risiken und Notwendigkeiten, eingeschränkt auf diejenigen, die sich aus der Wahlmöglichkeit der Marktpartner ergeben⁷⁾. Die insgesamt als günstig angesehenen ökonomischen Auswirkungen einer Marktwirtschaft werden darin erblickt, daß die Unternehmen sich aufgrund der Wahlmöglichkeiten der anderen Marktseite gegenseitig in Schach halten und diese Konkurrenz mit Risiken verbunden ist, zugleich

1) Vgl. ebenda, S. 167 ff.

2) Vgl. ebenda, S. 161 ff.

3) Vgl. ebenda, S. 154 f.

4) Vgl. ebenda, S. 179 ff. - Überdies wurden einige Spezifika der Konsumgüterproduktion entwickelter Marktwirtschaften ins Blickfeld gerückt; als "störende Züge" der realen Marktwirtschaft wurden beispielhaft aufgeführt: das ständige Steigen der Preise, die oft gerade leichtfertig geschaffenen Überkapazitäten, der Konditionen- und Typenwirrwarr, die "Neuerungssucht" in zahlreichen Wirtschaftszweigen und nicht zuletzt die Werbehypertrophie; die nicht selten den freien Willen der Konsumenten überspielten; vgl. im einzelnen, ebenda, S. 197 ff.

5) Ebenda, S. 200.

6) Ebenda, S. 201.

7) Vgl. ebenda, S. 203 ff.

aber auch Marktchancen eröffnet¹⁾. Das "Wesen" des Wettbewerbs wird demgemäß in folgender Definition auf den Begriff gebracht: "Unter Wettbewerb sind zu verstehen die wirtschaftlichen Erfordernisse (positive Anforderungen und Schranken), Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können"²⁾.

Bei einem Sprung von der Mitte der 60er Jahre in die Gegenwart ist festzustellen: Eine rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung über den kartellrechtlichen Wettbewerbsbegriff findet heute nicht mehr statt. Verantwortlich hierfür zeichnet zum einen die Tatsache, daß in der Rechtspraxis die Frage eines generellen Wettbewerbsbegriffs so gut wie niemals relevant wird.

Darüber hinaus wird in der Literatur weitgehend die Meinung vertreten, daß sich der Wettbewerb als reales Phänomen angesichts seiner komplexen Bedingungen, Wirkungsweisen und unterschiedlichen Marktergebnisse einer exakten Begrifflichkeit entziehe.

Rechtsmethodisch wird zu bedenken gegeben, daß ein jeglicher Definitionsversuch mit der Gefahr einer Begriffsverengung verbunden sei und daher zentrale Erscheinungsformen von Wettbewerbsbeschränkungen möglicherweise ausgeblendet würden³⁾.

1) Vgl. ebenda, S. 212.

2) Ebenda, S. 222.

3) Vgl. Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 16 ff.; Baur, ZHR 134, S. 99 ff., 117; Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker § 23a Rdnr. 5; Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 23 ff.; insb. in kritischer Auseinandersetzung zu Knöpfle, Barnikel, Zum Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 131, S. 361 ff.

Nichtsdestotrotz hält Knöpfle in einer Vielzahl jüngerer Beiträge¹⁾ ungebrochen an der These von der Notwendigkeit einer exakten Bestimmung des Wettbewerbsbegriffs fest. Fehlt es an einem rechtlichen Koordinatensystem, in das die vorfindbaren Fakten und Wirkungszusammenhänge einzutragen seien (z.B. Gleichpreisigkeit auf einem Markt für homogene Produkte, verschiedene Marktstrukturen), so muß sich dieses Defizit nach seiner Ansicht bei der Anwendung des GWB auf Schritt und Tritt rächen. Insbesondere würde es bei einer inhaltlichen Beliebigkeit des Wettbewerbsbegriffs an einem Beurteilungsmaßstab dafür fehlen, ob im Einzelfall der Wettbewerb beschränkt sei²⁾.

b) Der Wettbewerb als Entmachtungsinstrument im Verhältnis zu den Marktpartnern sowie die Risiken einer Verhaltensänderung

Nach wie vor ist Knöpfle davon überzeugt, daß sich der Inhalt des Wettbewerbs weder durch eine bestimmte Marktstruktur noch durch ein bestimmtes Marktgeschehen (z.B. aufgrund der theoretischen Vorstellung vom Wettbewerb als eines ständigen Prozesses von Vorstoß und Imitation oder als Entdeckungsver-

1) Indiziert der Marktanteil den Wettbewerbsgrad?, BB 1982, S. 1805 ff.; Wettbewerbsbeschränkungen durch Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bei Zusammenschlüssen, JZ 1982, S. 521 ff.; Ist die marktbeherrschende Gruppen betreffende Regelung des GWB sinnvoll und berechtigt?, BB 1983, S. 1421 ff.; Die Machtstellung nach § 22, I, Nr. 2 und nach § 37a, III, GWB, DB 1983, S. 430 ff.; Zur Notwendigkeit einer richtigen Bestimmung des Inhalts des Wettbewerbs für eine zutreffende Beurteilung marktübergreifender (konglomerater) Zusammenschlüsse, in Festschrift für Sölter 1982, S. 221 ff.

2) Vgl. zu dem dezidierten Postulat einer inhaltlichen Bestimmung des Wettbewerbs insb. BB 1983, S. 1429 f. Ebenda wird der vorherrschenden Meinung vorgehalten, sie habe noch nicht überzeugend dargelegt, weshalb sich der Inhalt des Wettbewerbs nicht in einer bestimmten Wettbewerbslage (beschränkter Verhaltensspielraum und Risiken) bestimmen läßt. Lediglich dem BGH wird zugleich eine im Prinzip zutreffende Vorstellung vom Inhalt des Wettbewerbs attestiert, die das Gericht immer wieder befähige, Fehlentwicklungen zu korrigieren.

fahren) oder durch ein bestimmtes Verhalten der Unternehmen angemessen erschließen läßt¹⁾.

Unverändert sieht er - in Übereinstimmung mit seiner ursprünglichen Definition²⁾ - ein zentrales Element des Wettbewerbs in der Einschränkung des unternehmerischen Verhaltensspielraums, wobei deutlich unterschieden wird zwischen dem Verhaltensspielraum (respektive der Macht) eines Unternehmens im Austauschprozeß sowie dem Verhaltensspielraum im Parallelprozeß:

Bei bestehendem Wettbewerb wird nach Knöpfle ein Anbieter gegenüber seinen Marktpartnern dadurch in seinem Verhaltensspielraum beschränkt, mithin entmachtet, daß die Marktpartner bei einer Verschlechterung des Leistungsangebotes (z.B. einer Preiserhöhung, Verschlechterung der Produktqualität oder des Service) auf andere Anbieter ausweichen können. Das Unternehmen verliert durch eine solche negative Absatzpolitik seine Kunden an die Konkurrenz. Bei fehlender oder eingeschränkter Wahl- und Ausweichmöglichkeit der Marktpartner hat das Unternehmen einen erweiterten Verhaltensspielraum. Der Wettbewerb fungiert nicht mehr als ein Entmachtungsinstrument im Verhältnis Unternehmen-Marktpartner. - Von dieser Macht gegenüber den Marktpartnern will Knöpfle die Macht eines Unternehmens gegenüber den Konkurrenten streng getrennt wissen. Sie ist in ihrem Kern dadurch charakterisiert, daß ein Anbieter den Marktpartnern ein gün-

1) So bereits Knöpfle in seiner Abhandlung "Der Rechtsbegriff 'Wettbewerb' und die Realität des Wirtschaftslebens", S. 243 ff.; aus jüngster Zeit vgl. z.B. Zur Notwendigkeit einer richtigen Bestimmung des Inhalts des Wettbewerbs für eine zutreffende Beurteilung marktübergreifender (konglomerater) Zusammenschlüsse, in: Festschrift für Sölter, S. 218 ff.; ferner BB 1982, S. 1805 ff.; zu den "Gefahren" eines Abstellens auf die Marktstruktur vgl. insb. JZ 1982, S. 528 ff.

2) Nunmehr faßt Knöpfle (BB 1983, S. 1423) seine Vorstellung vom Wettbewerb in folgender Definition zusammen: "Der Wettbewerb besteht in der Beschränkung des Verhaltensspielraums der Unternehmen durch die Wahl- und Ausweichmöglichkeit der Marktpartner und in den wettbewerbslichen Risiken und Chancen". Diese Definition deckt sich mit der vormaligen Definition des Verfassers, wobei die Umschreibung "Beschränkung des Verhaltensspielraumes" an die Stelle der Worte "wirtschaftliche Erfordernisse (positive Anforderungen und Schranken)" getreten ist (so explizit Knöpfle, ebenda).

stiges Leistungsangebot unterbreiten und dadurch seinen eigenen Marktanteil vergrößern oder verteidigen kann. Hier steht angeblich nicht die Wahl- und Ausweichmöglichkeit der Marktpartner auf dem Spiel, sondern die gesteigerte Wettbewerbsfähigkeit des Anbieters. - Durch den Wettbewerb wird mithin nur der Verhaltensspielraum eines Anbieters zur Leistungsver schlechterung, nicht aber zur Leistungsverbesserung eingeschränkt. Daraus folgt für Knöpfe: "Von den Verbraucherinteressen her gesehen - und der Schutz dieser Interessen ist das Hauptziel des GWB - ist die erste Macht eine schlechte und die zweite im Prinzip eine gute, denn sie erlaubt es, diesen Interessen entsprechend zu handeln"¹⁾.

In welchem Umfang ein Unternehmen bei einer Verschlechterung seines Leistungsangebotes durch die Wahl- und Ausweichmöglichkeit der Marktpartner entmachtet wird, hängt nach Knöpfe ab von der Substitutionse lastizität, mithin von dem Maß, in dem die Kunden auf eine Preiserhöhung oder sonstige Leistungsver schlechterung mit einer Abwanderung zu den Konkurrenten reagieren.

-
- 1) DB 1983, S. 430. Zur Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen der Macht gegenüber den Marktpartnern sowie der Macht gegenüber den Konkurrenten vgl. ferner JZ 1982, S. 521 ff. (524 f.); BB 1983, S. 1421; BB 1982, S. 1805 ff. (1806 f.). - Nach Knöpfe sind falsche Ergebnisse geradezu vorprogrammiert, wenn die beiden Aspekte von Marktmacht sowie die beiden Seiten des Verhaltensspielraums nicht auseinandergehalten werden. Damit werden angeblich grundverschiedene Dinge, sprich: mangelnde Entmachtung durch den Wettbewerb und eine gesteigerte Leistungskraft, mithin eine gesteigerte Wettbewerbsfähigkeit, in einen Topf geworfen, so daß nämlich die Leistungskraft der Wirtschaft, pauschal verurteilt wird. - Zur Veranschaulichung der Notwendigkeit und Sinnfälligkeit seiner Differenzierung verweist Knöpfe immer wieder (JZ 1982, S. 525; BB 1983, S. 1425 Fußn. 22) auf die Preispolitik von Aral und Texaco, die Mitte März 1982 die Benzinpreise um 2 Pfennig erhöhten, daraufhin rund 70% ihres Absatzes verloren und die Preiserhöhung nach wenigen Tagen wieder zurücknehmen mußten. Dadurch sei die legendäre Macht der Mineralölkonzerne, die Marktgegenseite durch eine Verschlechterung des Leistungsangebotes in ihren Wahl- und Ausweichmöglichkeiten einzuschränken, wie eine Seifenblase zerplatzt.

Insoweit soll primär nur das tatsächliche Verhalten der Abnehmer maßgeblich sein, nicht hingegen das theoretische Leitbild vom "verständigen Verbraucher". Daß in der Praxis nicht gleich alle Abnehmer bei einer Leistungsver schlechterung zu den Konkurrenten abwandern, sondern nur ein Teil von ihnen, spricht angeblich nicht gegen die Operationalisierbarkeit der Substitutionselastizität; rechtlich wird nur eine grobe Gesamtbetrachtung für notwendig gehalten¹⁾.

Nach wie vor beinhaltet der Wettbewerb nach Knöpfle noch ein zweites Element, nämlich die wettbewerblichen Risiken. Mit diesem Aspekt wird das Verhalten der Konkurrenz eingeblendet: Nicht auszuschließen ist, daß die Mitbewerber im Kampf um die begrenzte zahlungskräftige Nachfrage die Preise senken oder in sonstiger Weise ihr Leistungsangebot verbessern. Auch Newcomer können einen Teil des eigenen Marktanteils streitig machen. Nicht zuletzt besteht eine Unsicherheit darüber, wie die Konkurrenz auf eigene Aktionen reagieren wird. Diese Ungewißheit über die Handlungsweise der Rivalen zwingt nach Knöpfle die Unternehmen zu ständigen Anstrengungen, um die eigene Marktposition zu erhalten oder zu verbessern. Allgemein werden solche wettbewerblichen Risiken (bereits dann) für gegeben gehalten, wenn mehrere Unternehmen auf einem Markt nebeneinander als Anbieter stehen²⁾.

- 1) Zur Beweglichkeit der Nachfrage als Indikator der Entmachtung sowie zu den einzelnen Indikatoren und methodischen Implikationen vgl. insb. BB 1983, S. 1421; BB 1982, S. 1807, 1810.
- 2) Vgl. zur Einbeziehung der wettbewerblichen Risiken in die Definition des Wettbewerbsbegriffs DB 1983, S. 438; BB 1982, S. 1813; BB 1983, S. 1423. - Das weitere Wettbewerbselement "wettbewerbliche Chancen" hat nach Knöpfle nur Bedeutung für den Fall einer Wettbewerbsbeschränkung in Gestalt einer Freiheitsbeschränkung (z.B. eines Kartells); in der Regel genügt es, wenn als zweites Wettbewerbselement auf die Risiken abgehoben wird (vgl. BB 1983, S. 1424).

c) Bewertung des Oligopols unter besonderer Berücksichtigung
des Preiswettbewerbs

Auf der Grundlage einer solchen Definition, die den Inhalt des Wettbewerbs nicht in einem bestimmten Verhalten oder in einem bestimmten Marktgeschehen, sondern in einer Beschränkung des Verhaltensspielraums (gegenseitige Entmachtung) erblickt, ergibt sich "folgerichtig", daß im Oligopol grundsätzlich wesentlicher Wettbewerb besteht, zumal wenn die "Praxis des Wirtschaftslebens" allgemein dahin gedeutet wird, daß der Wettbewerb gerade auf oligopolistischen Märkten seine wichtigsten Funktionen, nämlich die Kontroll- und Anspornfunktion, erfüllt¹⁾. Im einzelnen: Die Möglichkeit, zwischen den Unternehmen zu wählen und von dem einen auf das andere auszuweichen, wird beim Oligopol normalerweise für uneingeschränkt gegeben gehalten. Dabei wird die Existenz von Wahl- und Ausweichmöglichkeiten quasi ex definitione durch die charakteristische Reaktionsverbundenheit der Unternehmen garantiert, wird das Oligopol doch gerade dadurch gekennzeichnet, daß "der eine die Handlungen des anderen zu spüren bekommt"²⁾. Kein Oligopolist kann es sich infolge der Reaktionsverbundenheit leisten, den Preis über jenen der Konkurrenten abzuheben, und auch bezüglich der nichtpreislichen Aktionsparameter wird ein hohes Maß an Interdependenz angenommen. Nach Knöpfle ist ein Oligopolist normalerweise auch wettbewerblichen Risiken ausgesetzt. Der Einwand, häufig verzichteten Oligopolisten auf einen verstoßenden Wettbewerb, wird nur für den Preissektor gelten gelassen, nicht aber für die Bereiche der Qualität, Produktgestaltung und Technik. Letztlich wird der Verzicht auf einen vorstoßenden Preiswettbewerb damit legitimiert, Preissenkungen seien angesichts steigener Löhne und sonstiger Kosten sowie ungenügender Gewinne in den meisten Wirtschaftszweigen zumeist einzelwirt-

1) BB 1983, S. 1426.

2) BB 1983, S. 1426, Fn. 28.

schaftlich sinnlos und gesamtwirtschaftlich nachteilig¹⁾).

Für einen definitorischen Ansatz, der das Wesen des Wettbewerbs letztlich in der Beweglichkeit der Nachfrage sieht²⁾, muß insbesondere bei einem engen Oligopol wesentlicher Wettbewerb bestehen; denn hier ist die Kreuzpreiselastizität, in der die gegenseitige Entmachtung auf dem Preissektor ihren Ausdruck findet, besonders hoch³⁾.

Ebensowenig kann aus solcher Perspektive in der Verengung eines Oligopols eine Verringerung des Wettbewerbs erblickt werden. Wenn sich Oligopolisten in ihrer Größe aneinander annähern, so wird zwar das Gleichgewicht zwischen ihnen stabilisiert. Der Wettbewerb erwächst jedoch nicht aus einem Ungleichgewicht der Unternehmen, sondern aus der Wahl- und Ausweichmöglichkeit der Marktpartner, und die Entmachtung wird

-
- 1) Vgl. BB 1983, S. 1426. - Die Ansicht von der allgemeinen Funktionsfähigkeit oligopolistisch strukturierter Märkte hat Knöpfe bereits von Anfang an - vielfach bis in die Wortformulierung hinein identisch - vertreten; vgl. z.B. BB 1970, S. 721; ferner, Der Rechtsbegriff Wettbewerb und die Realität des Wirtschaftslebens, S. 301 ff.
- 2) So explizit in BB 1983, S. 1426, Fn. 28: "Diese Beweglichkeit ist aber das wesentliche Maß des Wettbewerbs; von ihr hängt es ab, wie weit der Verhaltensspielraum des Unternehmens beschränkt ist".
- 3) BB 1983, S. 1427. - Im Gegensatz dazu vermutet die Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb (vgl. Kantzenbach) den Optimalwert der Wettbewerbsintensität im weiten Oligopol mit mäßiger Marktvollkommenheit, während das enge als überoptimal und damit wettbewerbsschädlich qualifiziert wird. So formulierte Kartte im Zusammenhang mit dem "Neuen Leitbild" der Wettbewerbspolitik, die Hoffnung auf intensive Wettbewerbsprozesse beim engen Oligopol sei wenig realistisch (vgl. Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld zwischen Bundeswirtschaftsministerium und BKartA, S. 49. - Demgegenüber verweist Knöpfe einmal mehr auf die Praxis des Wirtschaftslebens und macht geltend, auf dem Markt für Mittelklassewagen passiere auf dem Preissektor - im Gegensatz zu den Bereichen der Forschung und Produktgestaltung - praktisch nichts, doch stehe ein jedes Unternehmen unter einem erheblichen Preisdruck, und damit sei das Ziel einer sachgerechten Wettbewerbspolitik auf dem Preissektor erreicht (BB 1983, S. 1428, Fn. 38).

nicht dadurch verringert, daß die Unternehmen gleich groß und stark sind¹⁾.

Wesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 besteht somit regelmäßig auch dann, wenn die Oligopolisten sich gleichförmig verhalten. Ein solches Verhalten, das der oligopolistischen Interdependenz geschuldet ist, beschränkt nicht die Risiken gegenüber dem "Normalzustand". Der Umstand, daß die Marktpartner innerhalb der Gruppe nicht ausweichen können, rechtfertigt nach Ansicht von Knöpfle bereits deshalb noch nicht die Annahme einer marktbeherrschenden Gruppe, weil das gleichförmige Verhalten normalerweise mit den Interessen der Marktpartner kompatibel ist²⁾.

Eine Wettbewerbsbeschränkung soll erst dann gegeben sein, wenn ein Oligopolist praktisch sicher sein kann, daß die Konkurrenten mitziehen werden. Ein solcher Fall, der ein Unternehmen das Ausmaß der Preiserhöhung nach monopolistischen Regeln bestimmen läßt, wird von Knöpfle als atypischer Ausnahmefall hingestellt; regelmäßig besteht nämlich nach seiner Meinung eine Unsicherheit darüber, ob und in welchem Umfang die Konkurrenten mitziehen werden³⁾.

Kommt es definitionsmäßig nicht auf ein bestimmtes Verhalten oder ein dynamisches Marktgeschehen, sondern ausschließlich auf eine Beschränkung des Verhaltensspielraumes an⁴⁾, so

1) Vgl. zu den Vorstellungen der bezeichneten Art JZ 1982, S. 528 ff.

2) Vgl. hierzu im einzelnen, insb. zur Abgrenzung des gleichförmigen Verhaltens vom (wettbewerbsbeeinträchtigenden) solidarischen Handeln zum Nachteil der Marktpartner, Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb", S. 307 ff.; BB 1983, S. 1424 in Fn. 22.

3) So explizit in BB 1983, S. 1425 Fn. 22. Ferner beruft sich Knöpfle zum Beleg für die prinzipielle Irrelevanz des gleichförmigen Verhaltens auf das Modell der vollständigen Konkurrenz, demzufolge bei homogenen Produkten eine Preisgleichheit besteht, BB 1983, S. 1426, Fn. 33.

4) Zu dieser inhaltlichen Abgrenzung des Wettbewerbs vgl. insb. Knöpfle, Zur Notwendigkeit einer richtigen Bestimmung des Inhalts des Wettbewerbs für eine zutreffende Beurteilung marktübergreifender (konglomerater) Zusammenschlüsse, in: Festschrift für Sölter, S. 218 ff.

muß ferner irrelevant sein, ob und in welchem Umfang die Oligopolisten ihre Aktionsparameter aktiv einsetzen. Ein Unternehmen handelt nach Knöpfle regelmäßig nicht weniger wettbewerblich, wenn es den Entschluß faßt, die bisherigen Aktionsparameter beizubehalten, statt sie zu ändern. Solange der Absatz entscheidend von Preis, Qualität und sonstigen Konditionen abhängt, gebe es keinen passiven Einsatz der Aktionsparameter; sie würden automatisch eingesetzt, falls ein Unternehmen als Anbieter auf dem Markt antrete. Und in spezieller Perspektive auf den Preiswettbewerb wird argumentiert: Halten sich die Unternehmen wirksam in Schach, so bewirkt dies eine Dämpfung der individuellen Preisbewegungen. Und umgekehrt zeigen die Preise gewöhnlich eine umso größere Bewegung, je weniger das eine Unternehmen das andere kontrolliert. Der Monopolist wird den Preis gewöhnlich häufiger ändern als der Oligopolist, und daher ist es deplaziert, den Preiswettbewerb mit individuellen Preisbewegungen gleichzusetzen. Überdies entspricht ein konstanter Marktpreis, der nicht dem allgemeinen Trend zu Preissteigerungen folgt, in hohem Maße den Zielsetzungen des GWB¹⁾.

Bei solcher Argumentation kann nicht überraschen, daß der Begriff "wesentlicher Wettbewerb" i.S. des § 22, Abs. 2 weitgehend zur Bedeutungslosigkeit verkümmert, zumal das Tatbestandsmerkmal nicht auf die Unternehmensgruppe, sondern auf das einzelne Unternehmen bezogen wird²⁾. Die wettbewerblichen Risiken und Chancen gelten nur dann als verringert, falls die Oligopolisten (1) ihre Freiheit vertraglich beschränken, (z.B. in Gestalt eines Kartells), (2) eine Verkaufs- oder Einkaufsgemeinschaft mit oder ohne Andienungspflicht gründen oder (3) einer Preismeldestelle ihre Konditionen mitzuteilen haben. Darüber hinaus soll ein einzelner Oligopolist marktbeherrschend sein, wenn er (4) von bestimmten Aktionen Abstand nimmt, die für ihn - selbst unter Berücksichtigung der Reaktion seiner Konkurrenten - an sich vorteilhaft wären (sog. Gruppenzusammen-

1) Vgl. zur Irrelevanz des tatsächlichen Einsatzes der Aktionsparameter insbesondere BB 1983, S. 1427.

2) Vgl. hierzu insbes. BB 1983, S. 1421 ff.

halt oder wenn (5) die Konkurrenten ihn freiwillig als Preisführer anerkennen (sog. barometrische Preisführerschaft)¹⁾.

d) Fragwürdige methodische Fundierung des Wettbewerbsbegriffs

Fragt man nach der Methode, auf der die Ermittlung des Wettbewerbsbegriffs von Knöpfle fußt, so tut man sich zunächst ein wenig schwer. In der resümierenden Schlußbetrachtung seiner Abhandlung "Der Rechtsbegriff 'Wettbewerb' und die Realität des Wirtschaftslebens" heißt es insoweit ein wenig orakelhaft, die Definition greife eine Stufe tiefer als eine vordergründige Betrachtung des Marktgeschehens und erfasse die Ebene, auf die es bei der Beantwortung der Frage, ob der Wettbewerb beschränkt sei oder eine Marktbeherrschung vorliege, wirklich ankomme²⁾. Dieses rechtsmethodische "Dunkel" bei der Ableitung wird nicht durch den ergänzenden Hinweis aufgehellt, bei dem Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb" handele es sich um einen Typus "durchaus eigener Prägung", der sich "weder als Naturlatsache oder Naturvorgang, noch als menschliche Handlung, noch als Eigenschaft einer Person oder Sache, als rechtliches Verhältnis oder als Werturteil" begreifen lasse³⁾.

Andererseits spricht Knöpfle - nachdem er die begrenzte Brauchbarkeit der zahlreichen Definitionsvorschläge⁴⁾ sowie die Untauglichkeit der grammatischen, systematischen und historischen Auslegung aufgezeigt hat⁵⁾, - davon, es bleibe nur der Weg einer teleologischen Interpretation⁶⁾. Sodann wird jedoch lediglich in akribischer Breite dargetan, daß sich die Annahme von den günstigen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen des Wett-

1) Zu den verschiedenen Formen der Wettbewerbsbeschränkungen vgl. Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, S. 291 ff.; ferner BB 1983, S. 1424 f.

2) Vgl. ebenda, S. 343.

3) Ebenda, Fn. 7.

4) Vgl. ebenda, S. 97 ff.

5) Vgl. ebenda, S. 144 ff.

6) Vgl. ebenda, S. 150.

bewerbs weder mit der Vorstellung vom "Leistungswettbewerb", bei dem sich die Anbieter ständig an Preiswürdigkeit, Qualität und Service zu übertreffen suchen, noch mit der Vorstellung vom Wettbewerb als Marktautomatismus, der eine "bestmögliche Erfüllung der Verbraucherwünsche" garantiert, legitimieren läßt¹⁾.

Die "eigene Untersuchung", die der begrifflichen Abteiling unmittelbar vorangeht²⁾ und - jüngsten Anmerkungen zufolge - nach wie vor als originäre rechtsmethodische Fundierung gelten soll³⁾, beschränkt sich auf den "Nachweis", daß die Gründe für die gesamtwirtschaftlichen Vorteile, die der Wettbewerb (als ein Nebeneinander von Anbietern) im Gegensatz zum Monopol zeitigt, in den Wahl- und Ausweichmöglichkeiten der Marktpartner sowie in den unternehmerischen Risiken und Chancen zu erblicken sind⁴⁾.

Mit einer solchen "Ursachenanalyse" ist für die konkrete Rechtsanwendung nicht viel gewonnen. Wenn Wettbewerb immer anzunehmen ist, falls für den einzelnen Anbieter aus der Alternative der Marktpartner resultierende Erfordernisse, Risiken und Chancen bestehen, so ist - mit Ausnahme des vollständigen Monopols - auf allen Märkten von einem Wettbewerb auszugehen⁵⁾. Die Reaktion der Rechtsordnung setzt indes bereits bei einem geringeren Grad der Wettbewerbsstörung ein als beim Monopol. Für die Zwecke der Rechtsanwendung bedarf es daher einer abgestuften Bestimmung der Wettbewerbsbeeinträchtigung, die u.a. Aufschluß darüber gibt, ob ein Einzelunternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (§ 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt.) oder ob zwischen Oligopolisten wesentlicher Wettbewerb (§ 22 Abs. 2) zu verneinen ist.

Die für die Rechtsanwendung untaugliche Fixierung auf die beiden Antipoden "Wettbewerb versus absolutes Monopol" wird

1) Vgl. ebenda, S. 157 ff.

2) Vgl. ebenda, S. 203 ff.

3) Vgl. z.B. BB 1982, Fn. 5, S. 1806.

4) Vgl. ebenda, S. 212 ff.

5) Soauch die ausdrücklichen Konsequenzen von Knöpfle, vgl. ebenda, S. 243.

von Knöpfe auch nicht aufgegeben, wenn er in seinen jüngsten Beiträgen - das vormalige Merkmal "Erfordernis" präzisierend - zwischen der Macht gegenüber den Marktpartnern (zu einer Verschlechterung des Leistungsangebotes) sowie der Macht gegenüber den Konkurrenten (zu einer Verbesserung des Leistungsangebotes) einen deutlichen Unterschied machen will¹⁾.

Nach wie vor wird der analytische Ausgangspunkt: "Wettbewerb ist - abgesehen vom absoluten Monopol - in jeder Marktform möglich" nicht aufgegeben und überdies als einzig richtiger juristischer Interpretationsmaßstab gewertet²⁾. Bereits die Existenz mehrerer Unternehmen signalisiert mithin grundsätzlich das Vorliegen eines (wesentlichen) Wettbewerbs, und der "von

1) Es mag dahinstehen, ob eine solche begriffliche Zerlegung des komplexen und interdependenten Phänomens Wettbewerb einen Sinn macht. Beispielhaft sei nur gefragt: Ist ein Anbieter nicht auch dann mächtig, wenn er sein Leistungsangebot nicht verschlechtert, sondern der Marktgegensseite mögliche Leistungsverbesserung vorenthält? Ist die Fähigkeit eines Anbieters zu einer Leistungsverbesserung nicht gleichbedeutend mit dem weiteren Begriffsmerkmal "Risiken"? Werden hier nicht lediglich zwei Perspektiven - einmal jene des Anbieters, zum anderen jene der Konkurrenten - gegeneinander ausgetauscht? Läßt sich nicht die gesamte Begriffsdefinition in die auch von Knöpfe vielfach gebrauchte umgangssprachliche Formulierung: "Der eine hält den anderen in Schach, bildet gewissermaßen die Polizei des anderen" (BB 1983, S. 431) auflösen? Warum kann das Wesen des Wettbewerbs nicht in vor- und nachstoßenden Marktbewegungen erblickt werden? Der Einwand, vielfach fehle es an solchen Marktbewegungen (z.B. bei homogenen Gütern sowie bei der gleichzeitigen Vermarktung heterogener Güter) (DB 1983, S. 43 a, Fn. 3), verfängt kaum, gilt es doch, das Marktgeschehen in seiner wesensmäßigen Regelmäßigkeit zu umschreiben.

2) So dezidiert BB 1983, 1428, Fn. 38a.

Natur aus" gegebene Wettbewerb kann nur ausnahmsweise beeinträchtigt sein¹⁾.

Ein solchermaßen weit gefaßter Wettbewerbsbegriff, der bei jeder Marktform jenseits des monopolistischen Alleinanbieters das Vorherrschen von Wettbewerb grundsätzlich bejaht, hat für das Kartellrecht weitreichende Konsequenzen: Bei solchem definitorischen Ausgangspunkt muß die innere Rechtfertigung der gesetzlich vorgesehenen Marktanteilsvermutung zumindest fragwürdig erscheinen; jedenfalls verdient der Bundesgerichtshof in seiner restriktiven Auslegungspraxis der Vermutungsregelungen volle Zustimmung²⁾. Des weiteren erscheinen Fusionskontrollen weitgehend deplaziert; denn sie verhindern (angeblich) tendenziell eine Steigerung der Leistungskraft der Unternehmen und stellen damit das Hauptziel des GWB: die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage³⁾. Aus solcher Perspektive läßt zudem der Tatbestand der überragenden Marktstellung (§ 22 Abs. 1 Nr. 2) weitgehend eine inhaltliche Plausibilität vermissen⁴⁾.

1) So führt Knöpfle beispielsweise im Zusammenhang mit der Einbeziehung der wettbewerbliehen Risiken aus: "Normalerweise muß jeder Anbieter damit rechnen, daß Konkurrenten den Preis senken, die Qualität oder den Service verbessern... Ferner muß jeder Anbieter damit rechnen, daß Konkurrenten noch neu in den Markt eintreten... -- Ferner wird - bezogen auf den Oligopolstatbestand - die folgende Bilanz gezogen: "Es besteht normalerweise ein wesentlicher Wettbewerb in allen Bereichen, die für den Entschluß der Marktpartner, zu kontrahieren, maßgeblich sind, wenn mehrere Unternehmen auf derselben Marktseite stehen; eine Beschränkung eines Verhaltensspielraumes und die wettbewerbliehen Risiken sind dann gewöhnlich in hinreichendem Maße gegeben. ... Im Einzelfall ist ... zu rufen, ob der 'von Natur aus' gegebene Wettbewerb aus besonderen Gründen in bestimmten oder allen Bereichen ausgeschlossen oder vermindert ist, und ob dies so ins Gewicht fällt, daß ein wesentlicher Wettbewerb nicht mehr angenommen werden kann" (BB 1983, S. 1428).

2) Vgl. BB 1982, S. 1805 ff.

3) Vgl. hierzu JZ 1982, S. 521 ff.

4) Vgl. ebenda, S. 523 ff.; ferner DB 1983, S. 431 ff.

Nicht zuletzt führt der Wettbewerbsbegriff von Knöpfle zu einer verfassungsrechtlichen Attacke auf die gesetzliche Erfassung des Oligopolstatbestandes: Die gesetzliche Umschreibung des Oligopols in § 22 Abs. 2 sowie "die Vermutungen der §§ 22 Abs. 3 Nr. 2 und 23a Abs. 2 GWB laufen dem in der Praxis gegebenen Normalzustand - sind mehrere Unternehmen nebeneinander auf dem Markt tätig, so besteht normalerweise zwischen ihnen ein wesentlicher Wettbewerb - diametral zuwider und sind deshalb in einem Maße sachfremd, daß ihre Verfassungsmäßigkeit fraglich ist"¹⁾. Zumindest wird einer "äußersten Zurückhaltung bei der Anwendung des § 22 Abs. 2 GWB anstelle von § 22 Abs. 1 GWB, der jedenfalls in Nr. 1 eine sachgerechte Regelung enthält"²⁾, das Wort geredet³⁾.

e) Die rechtswidrige Auslegung des Begriffs "wesentlicher Wettbewerb"

Wie auch immer der Begriff des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 GWB bestimmt wird, ob mittels rein be-

1) Vgl. BB 1983, S. 1429, ohne nähere Begründung.

2) Ebenda.

3) Begrüßt wird ausdrücklich (vgl. JZ 1982, S. 529) die in den Vereinigten Staaten unter der Reagan-Administration favorisierte Wettbewerbspolitik der "Deregulation" respektive des laissez-faire, welche hoheitliche Wettbewerbskontrollen prinzipiell als willkürlich und ökonomisch ungerechtfertigt begreift. Wissenschaftlich "fundiert" wird diese Politik von der sog. Chicagoer-Schule, deren bekanntester Repräsentant Milton Friedman eine Wettbewerbspolitik prinzipiell als einen "intellektuellen Trugschluß" bezeichnet (so auf der Tagung der Mont-Pelerin-Society 1976 in St. Andrews, zitiert nach FAZ, Nr. 209 vom 18.9.1976, S. 13).

griffstheoretischer Konstruktionen¹⁾, ob mittels eines (direkten oder indirekten) Rückgriffes auf das von der ökonomischen Wirklichkeit abstrahierende Erkenntnisprogramm der Wirtschaftswissenschaften²⁾ oder mittels eines vorurteilsfrei sich wählenden Blickes auf die "Realität des Wirtschaftslebens", - über einen Punkt dürfte es keinen Dissens geben. Eine Definition des Oligopols darf sich nicht über den untrüglichen Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen. Diese rechtsmethodische Selbstverständlichkeit läßt Knöpfe bewußt außer acht, wenn er einen wesentlichen Wettbewerb zwischen den Oligopolisten i.S. des § 22 Abs. 2 nur in den Fällen "Freiheitsbeschränkung", "Gruppenzusammenhalt" und "Verkaufs- oder Einkaufsgemeinschaften mit/ohne Andienungspflicht" vermißt. Damit werden Oligopolmärkte als rechtlich unbedenklich qualifiziert, und die Ordnungsaufgabe des Kartellrechts wird weitgehend geleugnet.

- 1) Die Unzulänglichkeit solcher Versuche, bei denen regelmäßig ein bestimmter Begriffsinhalt zunächst in den Begriff hineingelegt wird, um ihn sodann im Wege der schablonenhaften Handhabung wieder herauszuholen, ist in der Rechtswissenschaft weitgehend bekannt. Was für das systemeigene Begriffsdenken gilt, gilt erst recht für die Verwendung von Begriffen, die der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie entlehnt sind. Gelegentlich sind noch Stimmen zu vernehmen, welche sich zur Interessen- und Wertungsjurisprudenz skeptisch äußern. Über die Ablehnung der Begriffsjurisprudenz besteht freilich Konsens. Diesen Erkenntnissen kann man sich auch nicht im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen verschließen. So zutreffend z.B. Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in Festschrift für Böhm, S. 215.
- 2) Vgl. hierzu ebenfalls die Bedenken von Lukes, der hierzu (ebenda, S. 214) schreibt: "Aus der Wesensverschiedenheit der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie einerseits und der Rechtsordnung andererseits ergibt sich, daß die nach den Grundsätzen der theoretischen Richtigkeit einer wirtschaftswissenschaftlichen Theorie gebildeten Begriffe nicht als Wertungsgesichtspunkte inhaltlich bestimmter Rechtsbegriffe Verwendung finden können. Sie können es nicht, weil der von der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie gebildete Begriff und der Rechtsbegriff völlig verschiedenen Kategorien angehören. Der eine gehört in den Bereich der Theorie, mehr oder minder stark beeinflusst von der Empirie; der andere ist Bestandteil einer normativen Ordnung". - Zur begrenzten Möglichkeit, wirtschaftswissenschaftliche Aussagen zum Oligopol bei der Auslegung des Oligopolstatbestandes zu berücksichtigen, vgl. auch Möschel, DB 1973, S. 461).

Zwar ergibt sich aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 22 Abs. 2, daß nicht jede Oligopolgruppe als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren ist. Aus dem Gesetzeswortlaut ("aus tatsächlichen Gründen kein wesentlicher Wettbewerb") sowie aus der Entstehungsgeschichte folgt jedoch zweifelsfrei, daß eine Verhaltenskoordination zwischen den Oligopolisten nicht notwendig ist, um das Fehlen eines wesentlichen Wettbewerbs bejahen zu können. Bei Verhaltenskoordinationen greifen ohnehin die allgemeinen Verbotsnormen (§§ 1 ff.), greift insbesondere das im Jahre 1973 aufgenommene Verbot der abgestimmten Verhaltensweisen (§ 25 Abs. 1) ein. Die unstrittige "Auffangfunktion" des Oligopoltatbestandes wird mit- hin von Knöpfle unterschlagen, wenn er die Fälle der (vertrag- lichen) Freiheitsbeschränkungen (z.B. den "klassischen" Kar- tellvertrag)¹⁾, der Preismeldestellen sowie der Verkaufs- und Einkaufsgemeinschaften dem § 22 Abs. 2 zuordnet²⁾. Auch bei den beiden letztgenannten Konstellationen ist der kartellrechtliche Grundtatbestand (§ 1 GWB) erfüllt. Die Kontroverse "Gegen- standstheorie versus Folge- und Zwecktheorie", die einst die Debatte um die Zulässigkeit der Verkaufs- und Einkaufsgemein- schaften ohne Andienungspflicht (Torsosyndikate) bestimmte, kann seit geraumer Zeit als abgeschlossen gelten³⁾. Und auch Preismelderverfahren werden heute überwiegend als Verstoß gegen § 1 gewertet.

-
- 1) Nicht jeder Kartellvertrag soll nach Knöpfle unwirksam sein. Entscheidend soll vielmehr sein, ob der erfaßte Bereich unternehmerischen Handelns so ins Gewicht fällt, daß ein wesentlicher Wettbewerb entfällt. Diese Voraussetzung wird für gegeben erachtet, "wenn die Freiheitsbeschränkung sich auf den Preis bezieht, nicht aber, wenn sie wenig bedeutsame Bereiche wie etwa die Verpackung betrifft" (BB 1983, S. 1424). - Bereits diese Unterscheidung im Rahmen des § 1 GWB widerspricht dem gesetzgeberischen Willen, der hinsichtlich der einzelnen Aktionsparameter keinen Unterschied macht.
 - 2) Ebenda (FN 17) vermerkt Knöpfle, daß trotz des Passus "aus tatsächlichen Gründen" § 22 Abs. 2 GWB nicht ausscheidet.
 - 3) Zur Unzulässigkeit solcher Kartellsurrogate, die in gleicher Weise wie Vertragssysteme mit umfassenden Bindungen zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, vgl. im einzelnen die umfangreichen Nachweise aus der Literatur und Rechtsprechung bei Immenga, in: Mestmäcker/Immenga § 1 Rdnr. 299-327.

Es verbleiben als Tatbestandsgruppen mit spezifischem Oligopolbezug der "Gruppenzusammenhalt" sowie die "barometrische Preisführerschaft". Daß ein Unternehmen mit "Rücksicht auf seine Konkurrenten auch dann von bestimmten Aktionen Abstand nimmt, wenn es sich unter Berücksichtigung der Reaktionen seiner Konkurrenten von ihnen (wirtschaftliche) Vorteile verspricht"¹⁾, wird in einem marktwirtschaftlichen System, das die Unternehmen - bei Gefahr des eigenen Untergangs - prinzipiell auf die "egoistische" Verfolgung eigener wirtschaftlicher Vorteile festlegt, wohl eine folkloristisch anmutende Seltenheit sein²⁾. Und auch die Figur des "barometrischen Preisführers" - offenkundig identisch mit dem Sandrockschen "Preisführer kraft Marktmacht"³⁾, der das "Ausmaß der Preiserhöhung nach monopolistischen Regeln bestimmen kann wie ein Einheitsunternehmen, das alle an dem solidarischen Verhalten beteiligten Unternehmen umfaßt"⁴⁾, - eröffnet der Oligopolkontrolle kein originäres Interventionsfeld. Ein solches Unternehmen ist nämlich dank seines überragenden (einseitigen) Verhaltensspielraumes beim Einsatz des Preisparameters vielfach bereits als marktbeherrschendes Einzelunternehmen i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 2 zu qualifizieren.

Letztlich führt die Argumentation von Knöpfle dazu, daß der Oligopoltatbestand bereits begrifflich - theoretisch zum "Papier" degeneriert. Eine solche Totalabsage an eine Oligopolkontrolle, die das "Nadelöhr" des konkreten Mißbrauchsvorwurfs

1) So die Umschreibung des Gruppenbewußtseins in BB 1983, S. 1424 Fn. 19; vgl. ferner Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, S. 317 ff.

2) Knöpfle glaubt sich insoweit auf die "Fensterglas IV"-Entscheidung des BGH vom 5.2.1968 sowie auf die Entscheidung "Tennisbälle" vom 26.2.1970 beziehen zu können (vgl. Urteilsanmerkung in NJW 1968, S. 1037; ferner BB 1970, S. 722; BB 1983, S. 1424, Fn. 19). - Den Sachverhalten, die dem BGH zur Entscheidung vorlagen, ist jedoch nicht zu entnehmen, daß ein Gruppenbewußtsein das wirtschaftliche Kalkül der beteiligten Unternehmen überlagert hat. Ein jedes Unternehmen konnte sich von dem inkriminierten Verhalten durchaus eigene wirtschaftliche Vorteile versprechen.

3) Vgl. Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 378 ff.

4) So die Spezifikation in BB 1983, S. 1425, Fn. 22.

so gut wie niemals erreichen kann, weil sie bereits im Vorfeld der Probleme (bei der Bestimmung des Normadressaten) scheitert, ist rechtsmethodisch unvertretbar¹⁾.

f) Negierung des Schutzzweckes des Oligopolatbestandes

Mögen die traditionellen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik) beim dem Versuch einer näheren Umschreibung des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 GWB auch nicht hilfreich sein, so dürfte doch unstreitig sein, daß der Gesetzgeber mit der Mißbrauchsaufsicht allgemein das Ziel verfolgt, eine Ausnutzung der wettbewerblich nicht kontrollierten Handlungsspielräume zulasten Dritter (Konkurrenten, Kunden, Lieferanten, Verbraucher etc.) zu unterbinden²⁾. Angesichts dieses weithin anerkannten Schutzzweckcharakters rechtfertigt sich eine Gleichstellung des marktbeherrschenden Oligopols mit dem marktbeherrschenden Einzelunternehmen mit einer möglichen Identität der Wirkungen auf Dritte, sprich: mit einem Gruppeneffekt des Oligopols, dem Dritte nicht

1) Selbstverständlich ist es juristisch auch unvertretbar, den Oligopolatbestand mit der Begründung, normalerweise belege die Praxis des Wirtschaftslebens einen wesentlichen Wettbewerb, als verfassungswidrig zu kategorisieren. Die Gleichsetzung des "normalen" Wettbewerbs mit dem wesentlichen Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 beruht weitgehend auf einem verfehlten statischen Wettbewerbsverständnis. Die Beschreibung des Wettbewerbs als eines Zustandes des Sich-gegenseitig-in-Schach-Haltens übersieht die dynamische Funktion des Wettbewerbs, der auf einer Folge von Wettbewerbshandlungen (Reaktion/Gegenreaktion) beruht. Wettbewerb - basierend auf einer "Sequenz von Wettbewerbshandlungen" (vgl. hierzu und zum folgenden Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 111 ff.) - gründet zudem auf dem variierenden Einsatz verschiedener Aktionsparameter; wettbewerbliche Spannungen können gerade darin zum Ausdruck kommen, daß die Marktteilnehmer ihre Parameter den veränderten Marktkonstellationen anpassen und die Wettbewerbsintensität auf diese Weise erhöhen respektive verringern. Die Behauptung Knöpfles, der Wettbewerb bestände nicht "in einem bestimmten Verhalten oder in einem dynamischen Marktgeschehen, sondern vor allem in einer gegenseitigen Entmachtung, also in einer Beschränkung des Verhaltensspielraumes" (BB 1983, S. 1427), verkennt das Wesen des Wettbewerbs bzw. referiert dessen Charakter nur partikular-analytisch.

2) Zu den Schutzrichtungen im einzelnen vgl. Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 11 mit zahlreichen Nachweisen.

ausweichen können. Die Begründung zum Regierungsentwurf der 2. Novelle von 1973 spricht insoweit eine eindeutige Sprache¹⁾.

Dieses zentrale Anliegen, Dritte in ihren Handlungsfreiheiten vor der Unausweichlichkeit eines Gruppeneffekts zu schützen, wird von einer Begrifflichkeit, die Wettbewerb bereits bei einem "Nebeneinander von Unternehmen" (jenseits eines Monopols) bejaht und sein Wesen in einem bloßen Spannungszustand (beschränkter Verhaltensspielraum und Risiken) erblickt, notwendigerweise ausgeblendet. Bei solcher Inhaltsbestimmung erscheint die gesetzliche Umschreibung des Oligopols in § 22 Abs. 2 grundsätzlich als deplaziert, "geradezu als 'Trick', um ein Unternehmen, das bei der Anwendung des § 22 Abs. 1 GWB nicht marktbeherrschend wäre, doch als marktbeherrschend behandeln zu können"²⁾. Demgemäß muß auch der Umstand, daß die Marktpartner einem gleichförmigen Verhalten nicht ausweichen können, als untaugliches Kriterium verworfen werden³⁾.

Eine solche Totalnegation des Schutzzweckes des Oligopolstatbestandes ist nur nachvollziehbar, wenn man sich auf die folgenden apodiktischen Behauptungen und begriffstheoretischen Setzungen einläßt:

- Das Wesen des Wettbewerbs wird nicht durch die realen Wahlmöglichkeiten der Marktpartner konstituiert. Wettbewerb ist vielmehr auch zu bejahen, wenn die Angebote identisch sind und lediglich eine formelle Wahlmöglichkeit besteht. Der Ansicht, die eine Mehrzahl inhaltlich verschiedener Angebote fordert, wird vorgehalten, sie akzentuiere zu sehr die Sicht der Kunden; nicht alles, was für die Konsumenten günstig sei, könne aber

1) Vgl. Regierungsbegründung zur 2. GWB-Novelle, BT-Drucksache VI/2520, S. 23; aus der Literatur sei verwiesen auf Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 19 ff.; Baur ZHR 134, S. 97 ff., 145 ff.; ders., BB 1973, S. 915, 920; Möschel DB 1973 S. 509, 510; ders., Der Oligopolmißbrauch, S. 170 ff.; ders., in: Mestmäcker/Immenga § 22 Rdnr. 79; Emmerich, ZHR 140, S. 97 ff., 108 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten I, Tz 29; Schmidt WuW 1965, S. 451 ff., 469 ff.

2) So Knöpfle in BB 1983, S. 1422

3) Vgl. hierzu insbesondere die "aufschlußreichen" Repliken von Knöpfle zur herrschenden Meinung in BB 1983, S. 1425, Fn. 22 und 23.

als Wesensmerkmal des Wettbewerbs angesehen werden¹⁾.

- Nicht einmal ein Unternehmen, das in der Begrifflichkeit von Knöpfle als marktmächtig anzusehen ist, da es sein Leistungsangebot verschlechtern kann, ohne mit einem Absatzrückgang sanktioniert zu werden, schränkt die Handlungsfreiheit der Marktpartner ein: "In derartigen Verhaltensänderungen liegt eine Verschlechterung der äußeren Bedingungen (?), unter denen die Abnehmer ihren Verbrauch decken, aber keine Beschränkung ihrer Freiheit (?)"²⁾.

Daß man sich mit solchen Ausführungen wohl kaum über den legislatorischen Willen, außenstehende Dritte vor der Unausweichlichkeit des oligopolistischen Gruppeneffekts zu bewahren, hinwegsetzen kann, liegt auf der Hand. Zudem bleibt insgesamt schwer verständlich, wie mit solchen Gedanken das Hauptanliegen des GWB, "die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen und wirtschaftliche Macht da zu beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung

1) Knöpfle, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, S. 235. - Qualitätswettbewerb manifestiert sich nach Knöpfle nicht in Qualitätsunterschieden, sondern in der Möglichkeit der Produzenten, die Waren zu verbessern; die Verbesserung respektive Heterogenisierung von Produkten wird als Folge (?), nicht aber als Inhalt (?) oder Voraussetzung des Wettbewerbs apostrophiert (ebenda, S. 236). Unerheblich soll ferner sein, ob ein Unternehmen seine Chancen zur Produktdifferenzierung bereits wahrgenommen hat oder nicht; denn "sobald ein Anbieter sein Angebot verändert, so daß es von dem der Konkurrenten abweicht, erwachen die Nachfrager aus ihrer Indifferenz; sie beginnen alsbald zu testen, zu vergleichen, zu wägen". (ebenda, S. 237) Insgesamt wird die Existenz von realen Alternativangeboten wettbewerbslich für unerheblich erklärt (ebenda, S. 237). - Eine solche Ansicht findet sich - zumeist in Fußnoten verstreut - auch in den jüngeren Beiträgen von Knöpfle. So wird ein gleichförmiges Verhalten beispielsweise damit legitimiert, daß es "als solches den Interessen der Marktpartner normalerweise nicht zuwider läuft". (BB 1983, S. 1425, Fn.22). Ein einheitlicher Preis steht ebensowenig einer Entmachtung der Unternehmen entgegen; denn "diese wirkt sich unvermindert aus, sobald ein Unternehmen den Preis erhöht". (DB 1983, S. 430, Fn. 2).

2) BB 1982, S. 1806, Fn. 7; ebenso JZ 1982, S. 527, Fn. 32.

der Verbraucher in Frage stellt¹⁾, in Einklang zu bringen ist²⁾.

g) Die Substitutionselastizität als praxisuntauglicher Indikator der Entmachtung

Das Begriffssystem von Knöpfle widerspricht nicht nur mehrfach dem gesetzgeberischen Willen. Soweit die Entmachtung eines Unternehmens (bei Verschlechterung des Leistungsangebotes) mittels der Substitutionselastizität festgestellt werden soll, wird zudem auf ein für die Rechtsanwendungspraxis untaugliches Instrumentarium verwiesen.

Bereits in der isolierten Version der Kreuzpreiselastizität, die lediglich untersucht, auf welche Substitutionsprodukte die Nachfrager bei Preisveränderungen ausweichen, ist die Konzeption insoweit praktisch unbrauchbar, als sie mit dem Anspruch auf numerische Exaktheit auftritt: Sie geht von statischen Preis-Nachfragebeziehungen aus und nimmt nicht wahr, daß der Preis ein unternehmerischer Aktionsparameter ist, so daß die Elastizitäten gleichermaßen Determinanten wie Ergebnisse solcher Preisstrategien sein können³⁾. Ferner setzt das Konzept

1) BT-Drucksache II/1158, S. 1.

2) Auf eben diese Verbraucherinteressen, freilich unter Vernachlässigung des zentralen Aspektes der Handlungsfreiheit respektive in der ökonomistisch verengten Perspektive eines bloßen Interesses an einer optimalen Bedarfsdeckung, rekurriert Knöpfle des öfteren und gleichsam nach "Belieben". So läuft nicht nur tendenziell eine jede Fusionskontrolle dem Hauptziel des GWB, auf eine Verbesserung der Bedarfsdeckung der Verbraucher hinzuwirken, zuwider (JZ 1982, S. 521 ff., 522). Auch für die Unterscheidung zwischen Macht gegenüber den Marktpartnern (zur Verschlechterung des Leistungsangebotes) sowie der Macht gegenüber den Konkurrenten (zur Verbesserung des Leistungsangebotes) muß das Verbraucherinteresse erhalten: "Von den Verbraucherinteressen her gesehen - und der Schutz dieser Interessen ist das Hauptziel des GWB - ist die erste Macht eine schlechte und die zweite im Prinzip eine gute, denn sie erlaubt es, diesen Interessen entsprechend zu handeln". (DB 1983, S. 430).

3) Vgl. dazu Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 38 ff.

der Kreuzpreiselastizität eine Selektion der Güter voraus, die miteinander zu korrelieren sind, und macht daher eine subjektive Abgrenzung erforderlich, die durch die Einführung eines vermeintlichen objektiven Maßstabes gerade vermieden werden sollte¹⁾. Wenn überhaupt, so kann die Kreuzpreiselastizität nur eine indizielle Beurteilungshilfe bei der Feststellung von Marktmacht sein²⁾.

Zu einer "hoffnungslosen Unbekannten"³⁾ wird die Kategorie der Substitutionselastizität aber auf jeden Fall, wenn weitere Aktionsparameter (Qualität, Service etc.) mit ins Kalkül einbezogen werden. Ob und in welchem Umfang die Käufer bei einer Veränderung des Leistungsangebotes auf Konkurrenten ausweichen, wird von einer Vielzahl von Faktoren bestimmt (z.B. dem Preis- und Qualitätsniveau der Konkurrenzprodukte, der Markttransparenz, der Kundentreue etc.), die sich im Einzelfall kaum trennen lassen. Auf jeden Fall stößt das Konzept der Substitutionselastizität auf seine Grenzen, wenn man mit Knöpfle allein die Frage für zulässig hält, in welchem Maße die Kunden bei einer Verschlechterung des Leistungsangebotes mit einer Abwanderung zu den Mitkonkurrenten reagieren. Die Frage nach einer Verschlechterung oder Verbesserung des Leistungsangebotes wird vielfach - von den exakt meßbaren Preiserhöhungen einmal

-
- 1) Eingehend und sehr kritisch Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 12 ff.
 - 2) Ebenso in bezug auf die Tauglichkeit dieses Konzepts für die Ermittlung einer Marktabgrenzung Möschel in: Mestmäcker/Immenga § 22 Rdnr. 33.
 - 3) Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 12.

abgesehen - nicht einmal theoretisch exakt zu beantworten sein¹⁾.

III. Der wesentliche Wettbewerb im Kontext repräsentativer wettbewerbstheoretischer Konzeptionen

1. Wettbewerb als Verbraucherschutz (Reich)

a) Wirtschaftsrecht als Verbraucherrecht

Zu Beginn der 70er Jahre - zu einer Zeit, da die Marktwirtschaft angesichts bestimmter Disfunktionalitäten (hohe Preissteigerungsraten, Hypertrophie der Werbung, "alarmierende" Konzentrationsentwicklung) "ins Gerede gekommen war"²⁾ und der Staat nicht zuletzt durch eine Novellierung des Kartellgesetzes sowie eine Vielzahl verbraucherschützender Maßnahmen kompensatorisch reagierte, - hat Reich - quasi als wettbewerbswissenschaftlicher Repräsentant einer Position, die sich der sozialdemokratischen Partei und den Gewerkschaften verpflichtet fühlt, - den Versuch unternommen, eine normativ-rechtswissen-

1) Genannt sei hier nur das Phänomen der Produktdifferenzierung, die den Grundnutzen einer Ware vielfach überhaupt nicht tangiert, sich vielmehr in einer Veränderung der ästhetischen Erscheinungsformen (Modellpolitik, Design, Verpackung, etc) erschöpft. - Des weiteren: Wer befindet darüber, ob ein Unternehmen seinen Marktpartnern ein "günstiges" oder ein "schlechtes" Angebot unterbreitet? Soll hier das tatsächliche Verhalten der Marktpartner entscheidend sein, oder soll auf den "verständigen Verbraucher" abgestellt werden? Wird ein Unternehmen auch entmachtet, wenn es ein "objektiv" günstiges Angebot macht, das die Marktpartner aber infolge eines "schlechten" Marketing nicht wahrnehmen? Nicht einmal eine "grobe Gesamtbetrachtung", die Knöpfe für die Zwecke der rechtlichen Prüfung für ausreichend erachtet (BB 1982, S. 1811), ist angesichts solcher Fragen möglich. Sicherlich planen die Unternehmen bei der Neueinführung eines Produktes nicht "ins Blaue"; sie werden in der Regel auf die Beweglichkeit der Nachfrage setzen. Diese Vorstellung erweist sich jedoch nicht selten als trügerisch; die Vielzahl sog. Flops insbesondere im Konsumgüterbereich spricht eine beredte Sprache.

2) Schlecht, Die Zielsetzung der 2. GWB Novelle aus der Sicht der Bundesregierung, S. 1.

schaftliche Konzeption von Wirtschaftsrecht als Verbraucherrecht zu begründen¹⁾.

Ausgehend von einem materialistischen Staats- und Ökonomieverständnis, das die wirtschaftlichen Funktionsdefizite als marktmanent begreift und dem Staat die Aufgabe zur sozialstaatlich orientierten Korrektur zuweist²⁾, konstatiert er in spezifischer Perspektive auf den privaten Endverbraucher (Konsumenten) eine strukturelle Unterlegenheit gegenüber den gewerblichen Anbietern und damit den Zerfall der zentralen ideologischen Legitimationsbasis des marktwirtschaftlichen Systems: Aus dem (vormaligen) "Souverän", dem "König Kunden" ist realiter ein "freier Untertan" des Marktgeschehens geworden³⁾. Damit ist zugleich eine Verschlechterung der Rechtsstellung der Konsumenten vorgegeben: Die liberalen Grundsätze von Privatautonomie, Haftung, Eigentumsschutz und Wettbewerbsfreiheit werden im Marktgeschehen zu Instrumenten unternehmerischen Handelns, welche die gesamte rechtliche Kommunikationsstruktur zum Endverbraucher grundlegend ändern⁴⁾. Mit Rücksicht auf diese Asymmetrie der sozialen und rechtlichen Macht- und Kommunikationsstruktur wird eine aktive Verbraucherpolitik gefordert, die darauf abzielt, die einseitige Instrumentalisierung des Rechts gegen das Verbraucherinteresse zu konterkarieren⁵⁾.

Eine ins Recht umgesetzte Verbraucherpolitik hat nach Reich zu beginnen mit einer sozialökonomisch orientierten Begriffsbestimmung des Verbrauchers. Da weder die Rechts- noch

1) Mit spezifischem Bezug zum Wettbewerbsrecht sind folgende Beiträge zu nennen: BB 1973, S. 1449 ff.; NJW 1974, S. 1353 ff.; ZRP 1974, S. 187 ff.; BB 1975, S. 1273 ff.; ZRP 1975, S. 159 ff.; ARSP Bd. LX II (1976), S. 111 ff.; ZRP 1976, S. 67 ff.; NJW 1976, S. 2262 ff.; Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, 1976; ZRP 1977, S. 107 ff.; ARSP Bd. LX III (1977), S. 485 ff.; ZVP 1977, S. 227 ff.; NJW 1977, S. 678 f.; sowie die zusammenfassende Abhandlung Markt und Recht.

2) Auf die ökonomie- und staatstheoretischen Implikationen wird im 4. Kapitel im einzelnen eingegangen.

3) Markt und Recht, S. 183 f.

4) Vgl. Markt und Recht, S. 184.

5) Vgl. Markt und Recht, S. 185.

die Wirtschaftswissenschaften einen operablen Verbraucherbegriff kennen, geht der Autor auf die kapitalistischen Produktionsstrukturen des Marktprozesses zurück, die durch Privateigentum an Produktionsmitteln und Konsumeigentum sowie durch Gebrauchswerte und Tauschwerte charakterisiert werden. Verbraucher - so die auch juristisch für tragfähig gehaltene Definition - sind "im allgemeinen, aber nicht nur abhängig Beschäftigte (Arbeitnehmer im weitesten Sinne), die durch Veräußerung ihrer Arbeitskraft Einkommen erzielen und dies zur Reproduktion ihres materiellen und geistigen Lebens benötigen"¹⁾.

Mit einer solchen Begriffsbestimmung geht einher die Überlegung, die in der traditionellen Wissenschaft als einheitlich geltenden Rechtsmaterien unter sozialökonomischen Aspekten zu strukturieren. Für den Bereich des Zivilrechts wird für eine Differenzierung der Markt- und Rechtsbereiche in ein Unternehmensrecht, das den Rechtsverkehr zwischen den Unternehmen im Bereich des Produktionsmitteleigentums regelt, in ein Bürgerrecht, das den Austausch von Konsumeigentum im Bereich des privaten Rechtsverkehrs zwischen den Bürgern erfaßt, sowie in ein Verbraucherrecht plädiert, das den Warenaustausch zwischen Unternehmen und Endverbrauchern zum Gegenstand hat. Im Unternehmens- und Bürgerrecht erscheint die Anwendung zivilrechtlicher Grundkategorien (Privatautonomie, dispositives Recht, Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber dem Staat, nicht als Teilhabe- und soziale Rechte) sinnvoll. Anders im Verbraucherrecht; hier greifen die überkommenen Prinzipien angesichts der

1) Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 12; Reich, Markt und Recht, S. 193. - Zu den Ableitungsschritten im einzelnen vgl. insbes. Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 9 ff.; Reich, Markt und Recht, S. 190 ff. - Teilweise modifiziert Reich auch seine früheren Überlegungen. So glaubte er ursprünglich, die sozialökonomische Dimension der Verbraucherstellung am ehesten mit einem rollensoziologischen Konzept verdeutlichen zu können (vgl. ZRP 1974, S. 187 (190)). In späteren Beiträgen werden die rollentheoretischen Überlegungen mit klassentheoretischen Ansätzen kombiniert (Markt und Recht, S. 191 ff.) Diese Modifikationen werden augenscheinlich von der Intention getragen, die tatsächlich existenten Interessensgegensätze zwischen den abhängig Beschäftigten in ihrer Rolle als Verbraucher (z.B. an niedrigen Preisen, an umweltschützenden Maßnahmen) sowie als Arbeitnehmer (z.B. an hohen Löhnen, einer Sicherheit des Arbeitsplatzes) abzuschwächen.

Asymmetrie der Macht- und Kommunikationsstruktur zu kurz, und daher ist - ähnlich wie im Arbeitsrecht - nach Lösungen zu suchen, welche die sozialökonomische Überlegenheit der Unternehmen relativieren¹⁾.

Der Stellenwert des Verbraucherrechts wird verdeutlicht durch wettbewerbstheoretische Überlegungen. Der vorherrschenden Doktrin wird vorgehalten, nur den institutionellen Schutz des Wettbewerbs sowie den Schutz der Konkurrenten zu berücksichtigen. Bezüglich des Konsumenten begnüge man sich mit einem mittelbaren, - bei optimalen Wettbewerbsbedingungen sich automatisch einstellenden - Verbraucherschutz. Demgegenüber wird einem "neuen" Wettbewerbsverständnis das Wort geredet, das die Interessen der Verbraucher unmittelbar mit ins Kalkül einbezieht. "Ohne die Dimension des Verbrauchers", so die zentrale neue Losung, "kann Wettbewerb (auf Konsumgütermärkten) nicht mehr adäquat begriffen, ja von seiner Funktion, von seinem Nutzen für den Verbraucher kann Wettbewerb überhaupt erst gerechtfertigt werden"²⁾. Wettbewerb wird als dezentraler Lenkungsmechanismus nur solange für gerechtfertigt gehalten, wie er dem Verbraucher Nutzen bringt und keine sozial unververtretbaren Produktionskosten (Umweltschäden, Produktschäden, etc.) zeitigt. Hört der Wettbewerb in dieser Weise auf, ein privater und sich selbst regulierender Entdeckungsprozeß zu sein, so degeneriert nach Reich der Verbraucher zum Alibi des Wettbewerbs und hoheitlich inspirierte Mechanismen sozialer Kontrolle erscheinen unumgänglich³⁾.

Speziell im Hinblick auf das Kartellrecht bedeutet dies: Da eine wirksame Strukturpolitik (Antikonzentrationspolitik) für illusionär gehalten wird⁴⁾, wird schwerpunktmäßig auf eine Verhaltenskontrolle gesetzt, die sich in drei Richtungen entfaltet: in Richtung auf die konkurrierenden Mitbewerber, die

1) Vgl. Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 18; Reich, Markt und Recht, s. 194 ff.; ders. ZRP 1974, S. 187 (1988); ARSP Bd. LX III (1977), S. 485 (502).

2) Reich, ZRP 1974, S. 187 (191).

3) Vgl. ebenda.

4) Vgl. Markt und Recht, S. 250 ff.

Lieferanten und Abnehmer der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen sowie in Richtung auf die privaten Endverbraucher. Im wettbewerblichen Parallelprozeß wird der entscheidende Ansatzpunkt einer Verhaltenskontrolle in der Gewährleistung des Marktzutritts für Drittunternehmen erblickt. Im Austauschprozeß zwischen Unternehmen gilt es, die Beschaffungs- und Absatzwege flexibel zu halten. Wettbewerb als Austauschprozeß gegenüber Endverbrauchern verlangt schließlich eine kompensatorische Konzeption, welche der strukturellen Inferiorität des Verbrauchers Rechnung trägt¹⁾. Hier kommt - neben einer Förderung von Verbrauchergegenmacht (Selbstorganisationen, Boykott, etc.)²⁾ - einer Kontrolle des Anbieterverhaltens insbesondere im Hinblick auf das Preisverhalten überragende Bedeutung zu. Da Marktmacht (angeblich) dazu tendiert, überhöhte Preise oder einseitige Preiserhöhungen gegenüber Verbrauchern durchzusetzen, der Preismißbrauch von marktbeherrschenden Unternehmen gleichsam den Normalfall bildet, wird eine allgemeine Verhaltenskontrolle der Preispolitik marktbeherrschender Unternehmen für notwendig erachtet³⁾.

b) Verbraucherorientierte Wettbewerbskonzeption und Kartellrechtsnovelle von 1973

aa) These: Die Einbeziehung des Verbraucherschutzgedankens in das Kartellrecht durch die Novelle von 1973

In seinem verbraucherorientierten Wettbewerbskonzept sieht sich Reich bestätigt durch die Kartellrechtsnovelle von 1973. Hier habe der Gesetzgeber das überkommene Wettbewerbsrecht den veränderten ökonomischen Gegebenheiten angepaßt. Allgemein habe die Novelle einen Beitrag leisten wollen zur "Wiedererlangung der Stabilität und zur Verbesserung des Ver-

1) Vgl. Reich, Markt und Recht, S. 270 ff.; ZVP 1977, S. 227 f.; Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 32.

2) Vgl. ebenda, S. 221 ff.

3) Vgl. Markt und Recht, S. 218 ff., S. 271 ff.

braucherschutzes¹⁾. Im einzelnen sei die Verbraucherdimension mit der Abschaffung der Preisbindung für Markenartikel unmittelbar sowie mit den institutionalisierten Kontrollmöglichkeiten unternehmerischen Preisverhaltens (Verbot abgestimmter Verhaltensweisen, Mißbrauchsaufsicht über Preisempfehlungen, Preiskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen) mittelbar in das geltende Recht übernommen worden. Neben dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sowie stabilitätspolitischen Erwägungen fungiere der Verbraucherschutz mithin als gleichrangiges Ziel²⁾. Auch bezüglich der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen - hier insbesondere in spezifischer Perspektive auf die oligopolistische Gleichpreisigkeit - sieht Reich seine Konzeption legislatorisch eingelöst:

Bei einer gleichförmigen Preiserhöhung im Oligopol - so sein sozialökonomischer Befund - kann der Verbraucher nicht auf einen Oligopolisten ausweichen. Er muß, falls vorhanden, einen Außenseiter finden. Eine solche Chance besteht nur bei Markttransparenz, und an dieser fehlt es häufig. Die Möglichkeit, auf ein Substitutionsprodukt auszuweichen, ist nach Reich nur gegeben, falls ein solches Produkt zu besseren Konditionen auf dem Markt ist. Beim Fehlen solcher (zumutbarer) Ausweichmöglichkeiten sieht sich der Verbraucher vor die Alternative gestellt, entweder die höheren Preise widerspruchslos zu akzeptieren oder Konsumverzicht zu üben³⁾. Hier hat die Mißbrauchsaufsicht einzusetzen. Zum einen hat das BKartA die Kompetenz, überhöhte Preise zu kontrollieren. Überdies hält Reich bei Preiserhöhungen die Oligopolisten generell für verpflichtet, ökonomische Rechtfertigungsgründe vorzutragen, um den Mißbrauchsverdacht von sich abzuwenden⁴⁾. Daß eine solche allgemeine Verhaltenskontrolle de lege lata zulässig ist, folgert Reich im Umkehrschluß zu § 24 Abs. 3 S. 4 und S. 5. Die Erwähnung von § 22 im Zusammenhang mit dem Verbot der 'lau-

1) ZRP 1975, 159; das Zitat ist der BT-Drucksache 7/765, S. 2 entnommen.

2) Vgl. Verbraucher und Recht, S. 29 ff. (64); ZRP 1975, S. 161; NJW 1974, S. 1355.

3) Vgl. Reich, NJW 1974, S. 1356; Verbraucher und Recht, S. 36 f.

4) NJW 1974, S. 1357.

fenden Verhaltenskontrollen' durch Auflagen beim Zusammenschluß bedeute gerade, daß § 22 auch laufende Verhaltenskontrollen ermögliche, wenn der Mißbrauch nicht anders zu beseitigen sei¹⁾. Ergänzend verweist Reich auf die Gleichpreisigkeitsvermutung des Oligopoltatbestandes im Regierungsentwurf von 1971. Aus dem Umstand, daß die Novelle diesen Tatbestand letztlich nicht übernommen, vielmehr das aufeinander abgestimmte Verhalten im § 25 Abs. 1 gesondert verboten hat, wird geschlossen, daß kongruente (nicht aufeinander abgestimmte) Preise sowie synchrone Preiserhöhungen mißbräuchlich i.S. von § 22 Abs. 4 sein können, falls nur die Merkmale eines marktbeherrschenden Oligopols vorliegen²⁾.

bb) Konkrete Deduktion im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal
"wesentlicher Wettbewerb"

Ein Interpretationsverständnis, das dezidiert auf den Schutz der Marktgegenseite, bei Konsumgütern mithin auf den Schutz der Konsumenten, abhebt, führt in der Detailfrage des wesentlichen Wettbewerbs zu folgenden Einzelergebnissen:

Die von der Rechtsprechung entwickelte Mosaiktheorie, die wesentlichen Wettbewerb erst verneint, falls die Antriebskräfte des Wettbewerbs völlig zum Erliegen gekommen sind, wird primär deshalb verworfen, weil sie die Perspektive der durch die marktbeherrschende Stellung typischerweise gefährdeten Marktgegenseite ausblendet³⁾. Aus dem gleichen Grund vermag die Judikatur zum Begriff des "Preiswettbewerbs" i.S. des § 16 a.F. nicht zu überzeugen. Mithin wird für unzureichend erachtet, daß sich die Oligopolunternehmen lediglich in ihrem Preiserhöhungsspielraum durch die Konkurrenz kontrolliert fühlen, ohne den Preis aktiv einzusetzen⁴⁾. Bei einer Gleichpreisigkeit im homogenen Oligopol wird die Eingriffsschwelle des § 22 Abs. 2 grundsätzlich als erfüllt betrachtet. Das Gegenargument vom

1) ZRP 1975, S. 161; ferner NJW 1974, S. 1356; Verbraucher und Recht, S. 63.

2) NJW 1974, S. 1356; Verbraucher und Recht, S. 49.

3) Vgl. Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 48.

4) ebenda, S. 48 f.

oligopolistischen Marktzwang übersieht nach Reich, daß die Wettbewerbsverhältnisse nicht aus der Perspektive der Oligopolisten, sondern aus der Sicht der Marktgegenseite zu beurteilen sind¹⁾.

Fungiert der Preis als verbraucherpolitisch zentraler Aktionsparameter²⁾ und hat die Kartellnovelle von 1973 gerade den Preiswettbewerb schützen wollen³⁾, so können Nebenformen des Wettbewerbs (Forschungswettbewerb, Werbungswettbewerb, etc.) ebensowenig einen "wesentlichen Wettbewerb" indizieren wie bloße Marktanteilsverschiebungen. Nur beim aktiven Einsatz des Preisparameters wird das unternehmerische Verhalten von Reich als hinreichend wettbewerblich kontrolliert betrachtet⁴⁾.

In einer "verbraucherorientierten Wettbewerbskonzeption" finden schließlich auch die von den Unternehmen entwickelten Kompensationsstrategien ihre rechtlichen Grenzen. Ein tabuisierter Preiswettbewerb kann zwar durch Qualitätswettbewerb ersetzt werden; denn neben dem Preis ist die Qualität einer Ware für den Verbraucher von besonderer Bedeutung⁵⁾. Gefordert wird indes auch hier ein "objektiver", durch die Marktgegenseite bestimmter Maßstab, so daß Strategien der "künstlichen Produktdifferenzierung" und andere Ausweichformen des Wettbewerbs nicht als hinreichende Substitution des Preiswettbewerbs akzeptiert werden⁶⁾.

1) ebenda, S. 49.

2) ebenda, S. 29.

3) ZRP 1975, S. 161.

4) Vgl. Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 50. - In Übereinstimmung mit dem BKartA hält Reich auch eine Berücksichtigung der Besonderheiten bestimmter Märkte für geboten. Wenn - so z.B. auf dem Arzneimittelmarkt - die Ärzte ohne sozialversicherungsrechtliche Sanktionen und hinreichendes Preisbewußtsein Arzneimittel verschreiben, der Patient die Kosten einfach an die Krankenkassen weitergibt und die Krankenkassen ihrerseits keinen Einfluß auf die Marktgegenseite nehmen, so ist dieser strukturell bedingten Preisunelastizität des Arzneimittelmarktes kartellrechtlich zu begegnen (ebenda, S. 50 f.).

5) Verbraucher und Recht, S. 34.

6) ebenda, S. 51; ferner ZVP 1977, S. 231.

c) Das Konsumenteninteresse - ein unzulässiger kartellrechtlicher Auslegungsmaßstab

aa) Die unveränderte ordnungspolitische Konzeption des GWB

Es ist hier nicht der Ort, die Konzeption von Reich auf ihre sozialwissenschaftliche und rechtstheoretische Stringenz hin zu überprüfen. Vorliegend interessiert ausschließlich die Rechtsfrage, ob mit dem Verweis auf das Interesse der privaten Endverbraucher ein zulässiger und hinlänglicher Auslegungsmaßstab für die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs gewonnen werden kann¹⁾.

Angeblich ist mit der Novelle von 1973 die Förderung der Konsumenteninteressen zur unmittelbaren Zielsetzung des GWB und damit zugleich zu einer de lege lata zulässigen Interpretationsrichtlinie avanciert. Angesprochen ist mithin die Grundsatfrage, ob die kartellrechtlichen Interpretationsmaßstäbe ausschließlich den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft zu entnehmen sind oder ob die Kartellaufsicht auch zugunsten allgemeiner, außer-kartellrechtlicher Lenkungsinter-

- 1) Zu den wirtschafts- und verfassungsrechtlichen Grundlagen der Konzeption von Reich vgl. die "dezente" Kritik von Hart/Jörges, Verbraucherrecht und Marktökonomie: Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzung der Verbraucherpolitik, S. 83 ff. (173 ff.); ferner Nahmowitz, Besprechung von: N. Reich, Markt und Recht, Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht der BRD; Mertens u.a., Wirtschaftsrecht, in: KJ 1979, S. 99 ff. (103); Spieß, Preismißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen als ordnungspolitisches Problem? S. 31 ff.; Kraft, WuW 1981, S. 317 ff. - Vielfach wird Reich vorgehalten, daß der sozialökonomisch-klassentheoretische Ansatzpunkt für die Rechtsordnung in der BRD nicht gelten kann. Ferner wird die Ausdifferenzierung des Privatrechts in ein Unternehmens-, Bürger- und Verbraucherrecht kritisiert. Nicht zuletzt wird mit Rücksicht auf die Heterogenität der Verbraucherschaft, die sowohl den Generaldirektor wie den Sozialhilfeempfänger umfaßt, bezweifelt, ob schlechthin von einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Konsumenten ausgegangen werden kann.

ressen ausgeübt werden darf¹⁾.

Während der 50er und 60er Jahre stand der ordnungspolitische Charakter des GWB außer Frage. Speziell im Hinblick auf die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen bedeutet das: § 22 legitimiert die Kartellbehörde nicht zu einer originären Definition der Interventionskriterien. Trotz aller unbestimmten Rechtsbegriffe ist lediglich eine maßstabsgebundene Rechtsaufsicht zulässig, nicht eine Wirtschaftslenkung nach beliebigem Programm²⁾. Darüber hinaus folgte aus dem wettbewerblichen Bezugssystem, daß die Mißbrauchsaufsicht keine generelle Steuerung des Unternehmens zum Gegenstand hatte, wie dies ursprünglich nach dem Josten-Entwurf für das Monopolamt - dieses sollte wirtschaftspolitische Entscheidungen treffen, nicht Recht sprechen, - vorgesehen war. § 22 zielte in seiner ursprünglichen Konzeption ausschließlich auf die Untersagung mißbräuchlicher Verhaltensweisen im Einzelfall³⁾.

Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 22 ließen des weiteren bis zur Novelle von 1973 keinen Zweifel daran, daß die Konkretisierungsmaßstäbe ausschließlich dem Bezugssystem einer Wettbewerbswirtschaft zu entnehmen waren. Der Zweck der Mißbrauchsaufsicht wurde ausschließlich darin gesehen, marktbe-

-
- 1) Zur Entwicklung der verbraucherpolitischen Programme sowie zu den einzelnen Verbraucherschutzgesetzen vgl. den 1. und 2. Bericht der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik, BT-Drucksache VI/2724; VII/4181; Simitis, Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip? 1976; v. Hippel, Verbraucherschutz. - Die Relevanz des "Grundgesetzes der Marktwirtschaft" (GWB) für den Verbraucherschutz ist weitgehend anerkannt (vgl. Günther, WuW 1972, S. 427 ff.; Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft (Hrsg. Dichtl) 1975; Simitis, a.a.O., S. 21 ff.; Hippel, a.a.O., S. 115 ff.; Schricker, RabelsZ 36 (1972), S. 315 ff.; WRP 1980, S. 305 ff.; Kraft, WuW 1981, S. 317 ff.). Die Einzelheiten bleiben jedoch zumeist im Dunkeln, so insbesondere die vorliegend virulente Frage, ob der private Endverbraucher durch das Kartellrecht unmittelbar oder lediglich reflektorisch geschützt wird.
- 2) Vgl. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 66 ff.; Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 152, jeweils m.w.Nachw.
- 3) Vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 154 ff.; ferner Mestmäcker, DB 1968, S. 1800 ff. (1804) in der Kontroverse mit I. Schmidt, DB 1968 S. 1795 ff.

herrschende Unternehmen in das generelle wettbewerbliche Bezugssystem des GWB zu integrieren. Daher wurde eine Instrumentalisierung der Mißbrauchsaufsicht zu allgemeinen makropolitischen Lenkungs- oder Steuerungszwecken (Preisstabilität, Vollbeschäftigung, außenwirtschaftliches Gleichgewicht und Wirtschaftswachstum (vgl. § 1 StabG) für funktions- und damit für rechtswidrig gehalten. Ebenso war es selbstverständlich, daß die Mißbrauchsaufsicht nicht im Namen eines unmittelbaren Verbraucherschutzes aktiviert werden durfte. Allgemeine wirtschaftspolitische Ziele ließen sich nach absolut einheitlichem Vorverständnis nur indirekt mitverfolgen, indem von einer wirkungsvollen Mißbrauchsaufsicht auch eine Förderung der Ziele der gesamtwirtschaftlichen Globalsteuerung erwartet wurde. In gleicher Weise durfte der Schutz des Konsumenten (lediglich) mittelbar mit in die Erwägungen einbezogen werden. Verbraucherschutz konnte nur so lange und nur insoweit einen zulässigen Interpretationsmaßstab bilden, wie eine Kongruenz zwischen den Verbraucherinteressen und dem wettbewerblichen Bezugssystem bestand; kollidierten beide Rechts- und Politikfelder miteinander, so war dem Wettbewerb nach einhelliger Meinung der Vorrang einzuräumen¹⁾.

1) Klassischen Ausdruck fand das wettbewerbliche Bezugssystem der Mißbrauchsaufsicht im Gutachten des wissenschaftlichen Beirats beim BMWi aus dem Jahre 1965: "Die Maßstäbe, nach denen zu beurteilen ist, ob ein Verhalten mißbräuchlich ist, sind aus den Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft abzuleiten. Die Kennzeichnung als mißbräuchlich behaftet ein solches Verhalten also nicht mit dem Makel der Sittenwidrigkeit. Die Mißbrauchsaufsicht kann und will dem marktbeherrschenden Unternehmen nicht ein bestimmtes Verhalten vorschreiben; sie beschränkt sich darauf, solche Verhaltensweisen zu untersagen, die ihm allein aufgrund ihrer Marktmacht offenstehen, die einem einzelnen Unternehmen bei Vorherrschen von Wettbewerb unmöglich wären, oder durch die anderen Unternehmen in einer Weise behindert oder benachteiligt werden, wie es bei wirksamem Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Die Mißbrauchsaufsicht richtet sich also gegen bestimmte, abgrenzbare Verhaltensweisen. Ihr Ziel sollte vor allem darin bestehen, den Zugang zum Markt des Marktbeherrschenden Unternehmens offenzuhalten und seine Konkurrenten gegen Schädigungen zu schützen (BT-Drucksache IV/617, S. 96). - Die Frage, ob § 22 zur Erreichung allgemeiner wirtschaftspolitischer Ziele sowie zum Schutz der Konsumenten aktiviert werden darf, wurde erstmalig im Zusammenhang mit der Novelle von 1973 sowie mit den sich anschließenden Preismißbrauchsverfahren gegen die Arzneimittelhersteller virulent. Zuvor wurde die Instrumentalisierungs-These so gut wie kaum zur Diskussion gestellt. Nur gelegentlich wurde auf die Selbst-

Unverkennbar ist diese ordnungspolitische Konzeption des GWB zu Beginn der 70er Jahre im Zusammenhang mit den relativ hohen Preissteigerungsraten sowie dem Aufkommen der verbraucherpolitischen Programme unter einen gewissen Druck geraten. So betonte die Bundesregierung in ihrem "Bericht zur Verbraucherpolitik" vom 18.10.1971 die Bedeutung des Wettbewerbs für den Verbraucherschutz, indem sie u.a. erklärte, die Kernpunkte der beabsichtigten Kartellrechtsreform seien "die verbraucherpolitisch wichtige Verschränkung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und die Abwehr marktbeherrschender Positionen durch eine vorbeugende Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen sowie eine Erleichterung der Kooperation für kleine und mittlere Unternehmen, deren Leistungsfähigkeit verbessert werden soll und damit auch dem Verbraucher zugute kommt"¹⁾. Und auch das BKartA betonte immer wieder den Zusammenhang zwischen Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik und bezeichnete sich gelegentlich sogar ausdrücklich als Verbraucherschutzbehörde²⁾. Schließlich ist nicht zu verkennen, daß auch in die Gesetzesmaterialien der Novelle von 1978 Überlegungen

noch zu S. 124 Fn. 1:

verständlichkeit verwiesen, daß eine mit gesamtwirtschaftlichen Ziele inkompatible Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht schon per se als mißbräuchlich zu qualifizieren sei; vgl. z.B. Schmidt, JZ 1967, S. 247 (250); Gabriel, WuW 1968 S. 581 ff. (589). - Auch das BKartA folgte grundsätzlich der Unterscheidung zwischen Ordnungs- und Prozeßpolitik. So ist z.B. im Tätigkeitsbericht von 1969 (S. 14) zu lesen: "Wettbewerbspolitik ist Wirtschaftsordnungspolitik, Konjunkturpolitik dagegen Prozeßpolitik; beide bilden einen Teil der staatlichen Wirtschaftspolitik. Die Wettbewerbspolitik gibt einen Rahmen für die Konjunkturpolitik als Prozeßpolitik ab. Sie hat langfristigen Charakter. Mit Hilfe der Wettbewerbspolitik soll die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus in jeder Situation der nach Dauer und Gestalt wechselnden Konjunkturzyklen gesichert werden". Ein wenig relativierend heißt es indes abschließend: "Daraus folgt, daß die Wettbewerbspolitik nur in seltenen Ausnahmefällen zur Lösung kurzfristiger, aufgrund einer ganz bestimmten Bedingungskonstellation sich ergebender konjunkturpolitischer Probleme eingesetzt werden kann". (ebenda)

1) BT-Drucksache VI/2724, S. 4.

2) Vgl. TB 1972, S. 11; ferner Günther (vormaliger Kartellamtspräsident)/Petry, Verbraucherpolitik in der Marktwirtschaft, S. 44 ff.; derselbe, WuW 1972, S. 427 ff.

"zur Wiedererlangung der Stabilität und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes"¹⁾ eingeflossen sind²⁾.

Allein, bereits die Tatsache, daß weder dem einzelnen Konsumenten noch den Verbraucherverbänden ein Klagerecht eingeräumt wurde, spricht gegen eine konzeptionelle Aufgabe des wettbewerblichen Bezugssystems. Daß mit der Novellierung von 1973 die Wettbewerbspolitik unmittelbar zur Wiedergewinnung von Preisstabilität und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes in den Dienst genommen werden sollte, läßt sich auch nicht den zentralen Bausteinen des Reformgesetzes (Erweiterung der Normadressaten des § 22, Einführung einer vorbeugenden Zusammenschlußkontrolle, Erleichterung der Kooperationsmöglichkeit) entnehmen. Alle drei Vorschläge zielten auf die Intensivierung des Wettbewerbs, sei es in Gestalt einer erhöhten Aufmerksamkeit gegenüber übermäßiger Marktmacht, sei es durch Kooperationserleichterungen für kleinere und mittlere Unternehmen³⁾. Auch von den weiteren Reformen (Verbot der abgestimmten Verhaltensweisen, Abschaffung der Preisbindung, Mißbrauchsaufsicht über Preisempfehlungen) versprach man sich eine Förderung der wettbewerblichen Aktivitäten, die damit zugleich zu einer größeren Preisstabilität sowie einem verbesserten Schutz des Verbrauchers beitragen sollten⁴⁾. Sofern in den gesetzlichen Materialien auf den Konsumenten verwiesen wurde, handelte es sich mithin lediglich um Hilferwägungen, die vor dem vormalig

1) Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucksache VII/696.

2) Vgl. ferner insbes. den Beitrag des Staatssekretärs im Bundeswirtschaftsministerium Schlecht zu den Zielsetzungen der 2. GWB-Novelle aus der Sicht der Bundesregierung, S. 1 ff.

3) So die Begründung zum Regierungsentwurf vom 18.08.71, BT-Drucksache VI/2620, S. 16.

4) Vgl. Schlecht, Die Zielsetzung der Zweiten GWB-Novelle aus der Sicht der Bundesregierung, S. 7.

aktuellen wirtschaftlichen Hintergrund ihre Plausibilität hatten¹⁾.

bb) Rechtspolitische Postulate statt rechtsdogmatisch zulässiger Interpretation

Wenn Reich demgegenüber die Meinung äußert, die Novelle von 1973 habe "tiefgreifende Änderungen"²⁾ gebracht, da sie sich ausdrücklich dem Ziel des Verbraucherschutzes verschrieben habe³⁾, so argumentiert er rechtsmethodisch bereits insofern wenig exakt, als er zumeist im Dunkeln beläßt, ob ein mittelbarer oder unmittelbarer Verbraucherschutz gemeint ist⁴⁾.

1) Zur Unzulässigkeit einer konjunktur- oder verbraucherpolitischen Instrumentalisierung der Novelle von 1973 vgl. Monopolkommission, Sondergutachten I, S. 13, S. 17 ff.; Möschel, Rechtsordnung zwischen Markt und Plan, S. 34; ders., NJW 1975, S. 753 f.; Immenga, Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts?, S. 22; Behlke, ZHR 138, S. 227 ff. (229); Knöpfle, BB 1973, S. 1180 f.; Nagel, KJ 1974, S. 397; Rauschenbach, NJW 1973, S. 1861 ff.; Münzinger, Mißbräuchliche Preise, Preisbildungssysteme und Preisstrukturen nach § 22 GWB, S. 25 f. Zur praktischen Untauglichkeit einer stabilitätspolitischen Indienstnahme des Kartellgesetzes, das lediglich eine punktuell-reaktive Intervention gegen einzelne Unternehmen ermöglicht, vgl. Hamm, Inflationsbekämpfung durch Wettbewerbspolitik, S. 89 ff.

2) Reich, NJW 1974, S. 1355.

3) ebenda.

4) So spricht Spieß (Preismißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen als ordnungspolitisches Problem?, S. 44) ein wenig polemisch davon, die Inanspruchnahme der Gesetzesmaterialien für seine Verbraucherkonzeption könne Reich nur gelingen, weil er sich bei der Erwähnung des Wortes "Verbraucherschutz" offenbar der Verpflichtung zu gründlicher Lektüre enthoben glaubte. Dem der BT-Drucksache (VII/765, S. 2) entlehnten Zitat "Wiedererlangung der Stabilität zur Verbesserung des Verbraucherschutzes" sei lediglich zu entnehmen, daß primär die Förderung wettbewerblicher Ziele beabsichtigt gewesen sei.

In einer augenscheinlich offensiv angelegten Interpretationsstrategie wird der vom Gesetzgeber verschiedentlich verwendete Begriff des Verbrauchers funktionalisiert, um generell einer weiten Auslegung der neuen Kartellrechtsbestimmungen den Weg zu ebnen.

Daß dabei rechtspolitische Postulate in unzulässiger Weise an die Stelle der überkommenen Auslegungsmethoden gesetzt werden, insbesondere der Wille des historischen Gesetzgebers vielfach auf der Strecke bleibt, wird besonders sinnfällig an den ausnahmsweise konkret in Bezug genommenen Fundstellen. Wie im Wege der historischen Rekonstruktion des § 22 Abs. 2 im einzelnen nachgezeichnet wurde¹⁾, kann aus der im Regierungsentwurf von 1971 enthaltenen Gleichpreisigkeitsvermutung keineswegs gefolgert werden, daß bereits die Gleichpreisigkeit im Oligopol gegen das Vorliegen wesentlichen Wettbewerbs spricht, geschweige denn, daß Oligopolunternehmen Preiserhöhungen generell anzumelden haben. Der Begründungsversuch einer laufenden Verhaltenskontrolle per Umkehrschluß zu § 24 Abs. 3 S. 4 und S. 5 ist mangels irgendeines Anhaltspunktes rechtmethodisch verfehlt und nicht einmal als "interessanter Hinweis"²⁾ zu bezeichnen.

Den Interessen der privaten Endverbraucher wird in der BRD - so kann resümiert werden - durch eine Vielzahl unmittelbar einschlägiger Maßnahmen Rechnung getragen (bspw. durch zwingende Regeln (z.B. AGB-Gesetz, Reisevertragsgesetz gem. §§ 651 a ff. BGB), eine Verbesserung der Markttransparenz (z.B. durch die Stiftung Warentest), durch Verbraucherorganisationen (z.B. Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher, Verbraucherzentralen der Bundesländer)).

Auch das Kartellrecht fungiert insofern als Verbraucherschutzrecht, als es "die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen

1) Vgl. oben S. 33 ff.

2) So Reich, NJW 1974, S. 1356.

und wirtschaftliche Macht da beseitigen (soll), wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher infrage stellt¹⁾". Steht der Schutz des Verbrauchers in dieser Weise nicht unverbunden neben dem Wettbewerbsrecht, so ist doch eine unmittelbare Indienstnahme des Verbraucherschutzgedankens mit der ordnungspolitischen Konzeption des "Grundgesetzes der Marktwirtschaft" unvereinbar.

Da sich an diesem wettbewerblichen (ordnungspolitischen) Referenzsystem auch nichts durch die Novelle von 1973 verändert hat, ist es rechtsmethodisch verfehlt, den Begriff des wesentlichen Wettbewerbs unter Bezug auf ein wie auch immer inhaltlich definiertes Verbraucherinteresse (z.B. an "gerechten" Preisen) zu bestimmen²⁾.

1) So die Regierungsbegründung von 1972, S. 1, zitiert nach Immenga/Mestmäcker, Einleitung S. 37.

2) Zu dem gleichen Ergebnis eines lediglich mittelbaren Verbraucherschutzes kommt auch Reuter (Höchstpreiskontrolle nach § 22 Abs. 4 und Abs. 5 GWB? S. 9 ff.) in formaler Anwendung der traditionellen Auslegungsmethoden: In Anlehnung an Ewald (WRP 1976, S. 205 ff.) wird vornehmlich geltend gemacht, das GWB erwähne den Verbraucher nur in zwei Vorschriften (§ 3 Abs. 3 Nr. 2, § 38 a Abs. 3 Nr. 2, und im Wege des Umkehrschlusses dieser beiden als Ausnahmeregelungen qualifizierten Bestimmungen wird deduziert, dem GWB sei insgesamt ein originärer Verbraucherschutzgedanke fremd. Des weiteren wird auf das UWG, das (angeblich) einen unmittelbaren Verbraucherschutz verfolgt, verwiesen (S. 13 f). - In praktischer Hinsicht gilt es ferner zu bedenken: Mit dem Verweis auf das Konsumenteninteresse an "sicheren" Produkten, an "vernünftigen" Rechtskonditionen und Preisen etc. ist für die Rechtsanwendung kein operationalisierbarer Auslegungsmaßstab gewonnen. - Auch kann der Aspekt des Verbraucherschutzes nur bei der Produktion sowie dem Vertrieb von Konsumgütern fruchtbar gemacht werden. Mithin wird nur eine Dimension der verschiedenen Schutzrichtungen des Marktbereichsstatbestandes erfaßt. Generell können alle Angehörigen der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen durch ein mißbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens betroffen werden. - Schließlich ist zu berücksichtigen, daß bei der Verwendung ein und desselben Begriffs (hier: "wesentlicher Wettbewerb") - je nach gesetzlichem Bezugssystem - unter Umständen inhaltlich zu differenzieren ist, so z.B. im Verhältnis einer Verhaltenskontrolle nach § 22 zu einer mehr strukturell ausgerichteten Fusionskontrolle nach § 24.

2. Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen (Möschel)

a) Theoretische und rechtliche Fundierung

aa) Wettbewerbstheoretische Ebene

Anders als die systemtranszendierende Verbraucherschutzkonzeption von Reich ist die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen staats- und ökonomietheoretisch eingebettet in das (systemkonforme) Leitbild einer marktrationalen Wirtschaftsordnung¹⁾. Sie fragt - auf eine Kurzformel gebracht - nach den Voraussetzungen für die Ausübung wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten respektive nach den Geschehensabläufen, die solche Handlungsfreiheiten beeinträchtigen²⁾.

Bei der Bewältigung des mithin zentralen Problems, zwischen wettbewerblichen und nichtwettbewerblichen Marktprozessen unterscheiden zu müssen, sieht sich die Theorie einem Erkenntnisdilemma gegenüber. Dieses ist einmal darauf zurückzuführen, daß der Wettbewerb als ein gesamtwirtschaftlicher Prozeß begriffen wird. Erst aus dessen Vollzug folgt die Aufteilung der Volkswirtschaft in Einzelmärkte in mehr oder minder ständiger Veränderung. Bei hinreichend langfristiger Betrachtung kann selbst die Monopolisierung eines Einzelmarktes als Wettbewerb apostrophiert werden; denn ein Marktsubjekt hat vor anderen diese Handlungschance wahrgenommen. Zum anderen ist das Erkenntnisdilemma auf die inhaltliche Unbestimmtheit der Wettbewerbsfreiheit zurückzuführen. Ihre spezifischen Konturen erhält sie immer mit den gleichermaßen begrenzenden wie gewährleistenden Rahmenbedingungen. Schließlich erwachsen dem Versuch, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen festzustellen, Schwierigkeiten daraus, daß die Handlungsfreiheiten der Wirtschaftssubjekte immer nur als relative (durch die Freiheit der anderen Marktteilnehmer begrenzte) Freiheiten zu begreifen sind. Mit anderen Worten: In einer Wettbewerbswirtschaft rivalisieren

1) Vgl. dazu später im 4. Kapitel.

2) Vgl. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 49.

ständig polypolisierende und monopolisierende Kräfte gegeneinander¹⁾.

Trotz dieses Erkenntnisdilemmas, zwischen wettbewerblichen und nichtwettbewerblichen Marktprozessen zu unterscheiden, bekennt sich die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu einer Politik des laissez-faire, die höchstens Irreführungen und direkte Willensbeugungen unterbindet²⁾. Aus der Tatsache, daß die Wettbewerbsfreiheit immer nur eine relative sein kann, sie zudem einem permanenten Wandel, der im Einzelfall bis zur Verdrängung aus dem Markt reichen kann, unterliegt, werden vielmehr zwei Einsichten vermittelt: Die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen hat es durchgängig mit "Maß- und Gradfragen" zu tun³⁾. Zudem wird bei einer Entscheidung innerhalb der fließenden Übergänge immer ein Werturteil darüber für erforderlich gehalten, ob eine Verhaltensweise die Handlungsfreiheiten anderer Marktteilnehmer unangemessen beeinträchtigt oder nicht⁴⁾.

-
- 1) Zu diesem methodischen Ausgangspunkt vgl. insbesondere Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld, S. 339 ff. - Insoweit stimmt die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen weitgehend mit der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit, wie sie in der Bundesrepublik vornehmlich mit den Namen von Hayek und Hoppmann verbunden ist, überein. Der Wettbewerb erweist sich danach als Entdeckungsverfahren (von Hayek), als Problemlösungsverfahren und wird ebenfalls als gesamtmärklicher Prozeß begriffen, aus dessen Vollzug sich die Aufteilung der Volkswirtschaft in Einzelmärkte in mehr oder minder ständiger Veränderung ergibt. Auf die Konzeption der Wettbewerbsfreiheit sowie ihre konkreten Aussagen zum Begriff des wesentlichen Wettbewerbs wird im nächsten Abschnitt detailliert eingegangen.
 - 2) Zu dieser "stringenten" Konsequenz der sog. Chicagoer Schule vgl. Möschel, ebenda, S. 345 ff.
 - 3) Möschel, ebenda, S. 340; ders., Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 44.
 - 4) Vgl. Möschel, JZ 1975, 393, 399; ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 49; ders., Wettbewerb im Schnittfeld, S. 340. - Die Abgabe solcher normativer Urteile ist darauf zurückzuführen, daß die wettbewerbliche Natur zahlloser Verhaltensweisen nicht einheitlich beurteilt werden kann. So können Preisdiskriminierungen Teil einer unlauteren Verdrängungsstrategie sein. Andererseits können sie auch wettbewerbsstimulierende Kräfte entfalten, indem z.B. durch begrenzte Einführungspreise neue Abnehmergruppen gewonnen werden, die Preiselastizität der Nachfrage erkundet wird.

Die Notwendigkeit, bei einer Entscheidung innerhalb der fließenden Übergänge immer ein Werturteil darüber abzugeben, ob eine Verhaltensweise die Handlungsfreiheiten anderer "unangemessen" beeinträchtigt oder nicht, läßt sich nach Möschel auch nicht durch einen Rückgriff auf erfahrungswissenschaftliche Aussagen umgehen. Eine allgemeine, den Kriterien der Widerspruchsfreiheit und der Vollständigkeit genügende Theorie der Wettbewerbsvoraussetzungen kann es nach seiner Meinung angesichts der wettbewerblichen Ambivalenz vieler Verhaltensweisen nicht geben. Und bei dem bescheidenen Versuch, im Hinblick auf bestimmte einzelne Verhaltensweisen nomologische Aussagen zu formulieren, ergibt sich wiederum das Problem, einzelne Daten aus einem gesamtwirtschaftlichen, permanent sich ändernden Tauschzusammenhang mehr oder weniger willkürlich herauszugreifen¹⁾. Gleichwohl wird auch hier ein "Ausweg" angedeutet: An die Wettbewerbstheorie ergeht die Aufforderung, nicht nur allgemeine Aussagen über wirtschaftliche Ursache-Wirkungszusammenhänge zu formulieren, sondern an spezifische Gefährdungssachverhalte anzuknüpfen²⁾.

1) Vgl. Wettbewerb im Schnittpfeld, S. 341; ders., Der Oligopolmißbrauch, S. 19 f.

2) Im Hinblick auf Oligopolsachverhalte vgl. Möschel, Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest, S. 421 ff. - Zugleich wird ein wenig gesetzt auf die Erfahrungen insbesondere der amerikanischen Antitrustrechtsprechung mit ihrer Vielzahl an differenzierten per-se-Verboten, von denen man sich jedenfalls bestimmte Annäherungsurteile verspricht (Der Oligopolmißbrauch, S. 19 f.) - Allein, auch in seinem "Hoffen" auf die Aussagefähigkeit solcher per-se-Regeln sieht sich Möschel in seinen jüngeren Beiträgen (Wettbewerb im Schnittpfeld, S. 341 ff.) mehr vor Fragen als vor Antworten gestellt. Sein beispielhafter Katalog unbeantworteter Fragen reicht von der Frage nach den notwendigen oder gar hinreichenden Voraussetzungen für das Entstehen von Wettbewerbsprozessen über die Art der Zusammenhänge zwischen dem innovatorischen Unternehmenspotential sowie der tatsächlichen Verbreitung des technischen Fortschritts bis hin zum Einfluß staatlicher Aktivitäten im Zusammenhang mit privatautonom veranlaßten Wettbewerbsbeschränkungen (ebenda, S. 341 f.).

bb) Wettbewerbsrechtliche Ebene

Die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen legitimiert die Notwendigkeit einer rechtlichen Gestaltung ausschließlich mit dem Gedanken der Handlungsfreiheit. Von ökonomischen Effizienzvorstellungen wird grundsätzlich abstrahiert¹⁾. Wirtschaftliche Freiheitsrechte verlieren demnach ihre Berechtigung, wenn sie Instrumente von Herrschaft werden. Der Staat wird zur Gewährleistung von Rechtsbedingungen aufgerufen, unter denen das verfassungsmäßig geschützte Recht auf Teilnahme an den ökonomischen Tauschbeziehungen erhalten bleibt²⁾. Außerdem wird eine vermachtete Wirtschaft mit all' ihren negativen Erscheinungen (z.B. Erzielung leistungsfremder Einkommen, ökonomische Macht dank des Privateigentums an Produktionsmitteln) als sozialstaatswidrig bezeichnet. Nicht zuletzt widerspricht eine gesellschaftliche Realität, in der es einigen Gruppen gelingt, ihre spezifischen Interessen durchzusetzen, einem materiell-rechtlich verstandenen Gewaltenteilungsprinzip³⁾.

In der Konsequenz einer solchen Konzentration, welche an die Voraussetzungen des freien Wettbewerbs anknüpft, die inhaltliche Ausgestaltung der Einzelpläne jedoch den Marktbeteiligten überantwortet, liegt es, daß der Staat nur die Funktionsmechanismen, die Rahmenbedingungen zu garantieren hat. Geschützt werden nicht bestimmte Marktergebnisse; Schutzobjekt ist ausschließlich der Prozeß der Entscheidungsfindung⁴⁾. Einem solchen Ordnungsentwurf entsprechen rechtssystematische Normen, welche typische Verhaltensweisen, deren Wettbewerbswidrigkeit erfahrungsgemäß feststeht, verbieten und die dadurch eine gewisse Kontinuität (Stetigkeit) garantieren⁵⁾.

1) Vgl. Möschel, Das Wirtschaftsrecht der Banken, S. 356 ff.

2) Vgl. Möschel, Wettbewerb im Schnittpunkt, S. 349 f.; zu den privatrechtsimmanenten Schranken des Wettbewerbsrecht vgl. ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 2 f.

3) Möschel, Rechtsordnung zwischen Markt und Plan, S. 16; ders., Wettbewerb im Schnittpunkt, S. 350.

4) Möschel, Das Wirtschaftsrecht der Banken, S. 356 ff.; ders., Rechtsordnung zwischen Markt und Plan, S. 8.

5) Möschel, Wettbewerb im Schnittpunkt, S. 348; ders., Der Oligopolmißbrauch, S. 22 f.

Eine solche in Rechtsnormen verstetigte Politik unterliegt bestimmten Eigengesetzlichkeiten der Rechtsanwendung: In Rechtsnormen können nur solche Elemente aufgenommen werden, welche gleichermaßen einer abstrakt-generellen wie auch der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall zugänglich sind¹⁾.

Aus den unterschiedlichen Verfahrensarten des Wettbewerbsrechts resultieren weitere Begrenzungen: So haben z.B. strafrechtliche Verhaltensnormen dem Verfassungsgrundsatz "nulum crimen sine lege" Rechnung zu tragen. Für kartellrechtliche Verwaltungsverfahren mit anschließender Gerichtskontrolle sind die Grundsätze der Bestimmtheit einer Norm sowie der Prognostizierbarkeit einer Entscheidung zu beachten. Unter dem Aspekt der Effektivität sind evtl. Beweisschwierigkeiten (z.B. hinsichtlich des Normadressaten) bereits bei der Formulierung der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen von Bedeutung²⁾. Allgemein hat sich ein rechtliches Regelungsschema an bestimmten Sinnfälligkeitskriterien zu orientieren, so z.B. an einer konzeptionellen Geschlossenheit der Wertungen (Konformität), des weiteren an einer Praktikabilität und nicht zuletzt an der Möglichkeit einer gerichtlichen Rechtskontrolle (Justitiabilität)³⁾.

Zwecks Feststellung einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweise wird ein Rückgriff auf die analytischen Hilfsmittel der Wettbewerbstheorie - mangels besserer Alternativen - für unvermeidbar gehalten. Von den drei "klassischen" Testverfahren scheiden Marktergebnis-Tests, die von bestimmten positiven Marktergebnissen auf das Vorliegen eines funktionsfähigen Wettbewerbs zurückschließen, prinzipiell aus. Gute ökonomische Ergebnisse erwachsen nämlich nicht ausschließlich aus wettbe-

1) Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkung, S. 49.

2) Vgl. Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld, S. 348 f.; ders., Der Oligopolmißbrauch, S. 7 ff.

3) Vgl. zu den Einzelheiten Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 7 ff.

werblichen Märkten; sie können im Einzelfall durchaus marktmächtigen Unternehmen zuzuordnen sein. Zudem werden Marktergebnis-Tests mit der zentralen Zielvorstellung des Schutzes freien Handelns für inkompatibel gehalten¹⁾. Es bleiben daher im wesentlichen nur die - freilich in ihrem Erkenntniswert begrenzten - Hilfsmittel der Marktstruktur-Tests (mit Kriterien wie Zahl der Marktteilnehmer, Marktanteile, Schwierigkeiten des Marktzugangs für potentielle Konkurrenten usw.) sowie die Testverfahren, welche auf die Verhaltensweisen der Marktteilnehmer abheben²⁾.

Solche Überlegungen führen hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung eines Wettbewerbsrechts zu folgenden Postulaten³⁾: Strukturelle Ausgestaltungen mit ihrem Entlastungseffekt von Dauer sollten den Vorrang vor Verhaltenskontrollen im

1) Vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 18 f.; ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 50.

2) Marktstruktur-Tests sind nach Möschel unter den Aspekten der Effektivität, Praktikabilität und Justitiabilität vorteilhaft. Ihre Schwäche wird darin gesehen, daß keine eindeutige Kausalität zwischen Marktstruktur und Marktverhalten besteht. Insbesondere wird einer Marktstrukturbetrachtung entgegengehalten, sie sei rein statisch, ermögliche mithin lediglich eine Momentaufnahme eines bestimmten Marktes und blende damit die Einwirkung der Wettbewerbsprozesse auf solche Marktstrukturen aus. - Marktverhaltens-Tests (z.B. Gebietsaufteilungen, Produktionsbeschränkungen, Kopplungs- und Ausschließlichkeitsverträge, etc.) werden als einzig angemessener Ansatz einer die wirtschaftliche Freiheit garantierenden Wettbewerbsordnung bezeichnet. Insoweit wird freilich ein wenig resignativ festgestellt, daß in diesem Bereich die Wettbewerbstheorie nur begrenzte Erkenntnisse zur Verfügung stellt und kaum Aussagen erlaubt, die in jedem Einzelfall mit dem Anspruch auf Allgemeingültigkeit auftreten können (vgl. insbes. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 18 f.)

3) Vgl. insbes. Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld, S. 350 ff.

Einzelfall haben¹⁾. - Vorschriften, die zu behördlichen Einzelfallkontrollen ermächtigen, sind zu vermeiden, falls generalisierungsfähige Aussagen vorab möglich sind; per-se-Verbote sind einer Wirkungsanalyse im Einzelfall vorzuziehen²⁾. - Unter dem Aspekt der Wettbewerbskonformität sind Korrekturen des Verhaltens grundsätzlich einer Korrektur von Marktergebnissen vorzuziehen; dies gilt es insbesondere im Zusammenhang mit den Preiskontrollen zu beachten³⁾.

1) Gefordert wird mithin eine Fusionskontrolle, bei der die Eingriffskriterien nicht zu hoch angesetzt sind (vgl. Möschel, Rechtsordnung zwischen Markt und Plan, S. 24 ff., S. 33 ff.).

2) Demgemäß wird den sog. Mißbrauchskontrollen im GWB ein allzu großes Gewicht attestiert (vgl. Möschel, JZ 1975, 394; ders., Rechtsordnung zwischen Markt und Plan, S. 9).

3) Vgl. Möschel, JZ 1975, S. 397; ders., BB 1976, S. 49 ff. - Außerdem sind nach Möschel Kausaltherapien, die das Übel gleichsam bei der Wurzel fassen, kompensatorischen Therapien, die vielfach nur an Symptomen kurieren, vorzuziehen. Lediglich in dem Maße, wie eine Kausaltherapie keinen Erfolg verspricht, wird eine Kompensationstherapie (z.B. eine Preiskontrolle) für sinnvoll gehalten. Gleichwohl wird auch bei einer solchen subsidiären Kompensationstherapie Zurückhaltung empfohlen (vgl. Möschel, JZ 1975, S. 397). - Angesichts dieses prinzipiellen Vorrangs einer Kausal- gegenüber einer Kompensationstherapie stellt Möschel immer wieder eine Entflechtung zur Diskussion, die nach seiner Meinung den Vorzug verdient, weil sie auf die Rahmenbedingungen, auf die Verbesserung der Wettbewerbsvoraussetzungen, zielt. Freilich legt er sich im Einzelfall niemals auf die Notwendigkeit solcher Struktureingriffe definitiv fest (vgl. z.B., Entflechtung im Recht der Wettbewerbsbeschränkung. - Ferner ist Möschel der Ansicht, das Tor zu politischen Einzelfallentscheidungen (z.B. einer sog. Ministererlaubnis nach § 8 GWB oder innerhalb der Fusionskontrolle gem. § 24 Abs. 3 GWB) habe grundsätzlich verschlossen zu bleiben, falls Gerichtsentscheidungen möglich seien. Von politischen Einzelfallentscheidungen qua Ministererlaubnis befürchtet er eine Verhaltensdetermination aller Beteiligten zum Schaden des Wettbewerbs (vgl. Wettbewerb im Schnittpunkt, S. 351).

b) Zur Frage des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22

aa) Normzweck der Mißbrauchsaufsicht und Systematik des Marktbeherrschungsbegriffs

In diesen allgemeinen wettbewerbstheoretischen Rahmen fügen sich nahtlos ein die Ausführungen zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, konkreter: zur Bestimmung der Normadressaten sowie - noch spezieller - zum Begriff des wesentlichen Wettbewerbs. Zumeist führt die konkretisierende Abteilung zu Ergebnissen, die von weiteren Autoren geteilt werden und überdies auch in der Rechtsanwendung ihren Niederschlag finden. Insoweit können die Aussagen von Möschel in gewisser Hinsicht als repräsentativ für die vorherrschende Meinung bezeichnet werden¹⁾.

Bezüglich des allgemeinen Normzweckes der Mißbrauchsaufsicht geht Möschel - in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung²⁾ - davon aus, daß die Vorschrift eingebettet ist in das Gesamtsystem des GWB mit seiner freiheitlichen Zielsetzung. Dies schlägt sich in drei Schutzrichtungen nieder: (1) Angehörige der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen sollen in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit vor der Machtausübung marktbeherrschender Unternehmen geschützt werden. (2) Konkurrenten auf der gleichen Wirtschaftsstufe sollen vor Behinderungen im Wettbewerb, potentielle Konkurrenten vor Zugangsbeschränkungen zum Markt geschützt werden. (3) Schließlich soll marktbeherrschenden Unternehmen der mißbräuchliche Einsatz von Macht auf Drittmärkten untersagt werden³⁾.

1) Das schließt Nuancierungen und Abweichungen im Detail nicht aus. Angesichts des nicht zu leugnenden Umstandes, daß die Feststellung übermäßiger Freiheitsbeschränkungen immer ein Werturteil über vielfach ambivalente Wettbewerbsvorgänge mit fließenden Übergängen impliziert, sind solche Spezifika eine Selbstverständlichkeit.

2) Vgl. die Nachweise bei Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 6 ff. m.w.N.; Markert, Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 301 ff. m.w.N.

3) Vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Rdnr. 11 zu § 22; ders., Der Oligopolmißbrauch, S. 153; ders., Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 77; ders., BB 1973, S. 461 ff. (463); ebenso Mestmäcker, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 111 ff.; aus der Judikatur: KG WuW/E OLG 995, 999 ("Handpreisauszeichner"); KG WuW/E OLG 1429, 1434 ("DFB").

Für die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen ist (auch) der Marktbeherrschungsbegriff ein normativer Zweckbegriff, bei dem es letztlich darum geht, den Punkt wertend zu ermitteln, von dem ab Marktmacht zur Aufgabe des Rechts wird. Allgemein wird die Schutzbedürftigkeit der nach § 22 GWB in ihren Handlungsfreiheiten geschützten Wirtschaftssubjekte gegenüber der Unausweichlichkeitswirkung von Marktmacht als entscheidendes Kriterium angesehen¹⁾.

Von diesem normativen Zugriff her liegt es nahe, die Abgrenzung des Marktes sowie die Feststellung des Beherrschungsgrades nicht voneinander zu isolieren²⁾.

Ein ähnlicher Zusammenhang wird zwischen der Marktabgrenzung sowie der Mißbrauchskonkretisierung angenommen. Auch hier gilt es einen einheitlichen Vorgang des realen Wirtschaftslebens zu bewerten, und zwar im Lichte der nach § 22 zu schützenden Interessen. Von bestimmten "anstößigen" Verhaltensweisen (z.B. gezielten Kampfpreisunterbietungen, belastenden

1) Vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 172; ders., Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, S. 78 ff.; ähnlich Baur, S. 192; Emmerich, Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 15 ff.

2) Bereits bei der Marktabgrenzung wird somit zugleich mit über den Beherrschungsgrad entschieden - je enger die Marktabgrenzung ausfällt, desto leichter fällt die Feststellung der Beherrschung - und damit auch darüber, ob ein Unternehmensverhalten als mißbräuchlich angesehen werden kann (vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, RdNr. 20 zu § 22; ebenso Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 41 ff.; ders., Fusionskontrolle, S. 51 ff.) - Demgegenüber ermittelt die vorherrschende Meinung das Vorliegen einer Marktbeherrschung in einem Doppelschritt: Zunächst wird der relevante Markt in sachlicher und örtlicher, gelegentlich auch zeitlicher Hinsicht abgegrenzt. Sodann wird versucht, auf dem so ermittelten Markt den Beherrschungsgrad des Unternehmens festzustellen. Die hierbei verwandten Kriterien laufen letztlich auf eine Kombination von Marktstruktur- und Marktverhaltens-Tests hinaus (vgl. im einzelnen die Nachweise bei Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, § 22 RdNr. 44 ff.).

Kopplungsverträgen) wird auf das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung zurückgeschlossen¹⁾.

Die Abhängigkeit der Marktbeherrschungsfeststellung von dem Schutzzweck des § 22 führt letztlich auch zu einer Relativität des Marktbeherrschungsbegriffs: Die Verwendung desselben Begriffes in verschiedenen Regelungssystemen (z.B. im Zusammenhang mit § 26 Abs. 2 S. 2, § 37a Abs. 3, § 24) läßt für eine differenzierende, auf den jeweiligen Kontext abhebende Betrachtungsweise durchaus Raum. Das gilt namentlich im Verhältnis der Verhaltenskontrolle gem. § 22 zu einer primär strukturell orientierten Zusammenschlußkontrolle nach § 24 GWB²⁾. Außerdem kann selbst innerhalb des § 22 eine differenzierte Betrachtungsweise geboten sein, welche die Marktbeherrschung im Hinblick auf den jeweils zu schützenden Personenkreis definiert³⁾.

bb) Die marktbeherrschende Stellung mehrerer Unternehmen
(§ 22 Abs. 2)

Ebenso wie beim Einzelunternehmen geht es beim Oligopolbestand primär um die Interessen von Konkurrenten, Kunden, Lieferanten und Drittmarktteilnehmern, wobei die Gleichbehandlung der beiden Normadressaten (Abs. 1 und 2) ihre Rechtfertigung in einer möglichen Identität der Wirkung auf Dritte findet. Von einem Oligopol kann ein Gruppeneffekt ausgehen, der

1) Grundlegend: Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 171; ders., in: Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 20 m.w.N. Demgemäß nimmt die Rechtsanwendungspraxis ihren Ausgangspunkt vielfach auch nicht von irgendwelchen abstrakten Marktbeherrschungsfeststellungen, sondern gerade umgekehrt von den inkriminierten Verhaltensweisen (vgl. dazu z.B. Emmerich, ZHR 140, S. 77 ff. (107)).

2) Vgl. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 504 sowie Rdnr. 838 ff.

3) Vgl. Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 21. - So wird eine (relative) Marktbeherrschung einer Oligopolgruppe gegenüber Außenseitern bejaht, wenn die Gruppe in der Lage ist, diese vom Markt auszuschließen (z.B. Lieferverweigerung der großen vertikal integrierten Mineralölgesellschaften zu Lasten der sog. freien Tankstellen), selbst wenn innerhalb der Oligopolgruppe wesentlicher Wettbewerb herrscht (vgl. Möschel, ebenda; ders., Der Oligopolmißbrauch, S. 171 ff.).

sich für andere Marktbeteiligte als unausweichliche Marktmacht manifestiert¹⁾.

Eine solche Unausweichlichkeitswirkung wird einmal im Falle einer ständig praktizierten Preisführerschaft angenommen. Gleiches soll gelten bei der einheitlichen Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche die Rechtsrisiken den Kunden überbürden (z.B. bei branchenumspannenden Banken-AGB)²⁾.

Aus einer Sicht, die entscheidend auf die Schutzbedürftigkeit der einzelnen Marktteilnehmer abhebt, wird des weiteren die gesetzliche Unterscheidung zwischen dem Innenverhältnis der Oligopolgruppe (Fehlen wesentlichen Wettbewerbs) und dem Außenverhältnis (soweit die gesamten Unternehmen die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen) weitgehend obsolet. Innenverhältnis und

1) Vgl. Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 79; ders., Der Oligopolmißbrauch, S. 171 ff. - Auch die überwiegende Meinung im Schrifttum orientiert sich in vergleichbarer Weise am Schutzzweck der Mißbrauchsaufsicht. Auch sie sieht im bewußt gleichförmigen Verhalten der Oligopolisten mit der Folge, daß die betroffenen Dritten keine Ausweichmöglichkeit haben, das Charakteristikum der Oligopolgruppe (so Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 19 ff.; eingehend Baur, ZHR 134, S. 97 ff. (145 ff.); ders., BB 1973, 915 ff. (910); Emmerich, ZHR 140, S. 97 ff., (108 ff.); Monopolkommission, Sondergutachten I, TZ 29; Schmidt, WuW 1965, S. 453 ff. (469 ff.).

2) Insoweit bezieht sich Möschel (in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 79) auf die im Regierungsentwurf von 1973 ursprünglich vorgesehene Gleichpreisigkeitsvermutung.

Außenverhältnis fallen tendenziell zusammen¹⁾. Da eine solche schutzzweckorientierte Auslegung des § 22 Abs. 2 zudem einen einheitlichen ökonomischen Vorgang bewertet, wird die Marktherrschaft zugleich vom Mißbrauchsverhalten präzisiert. Beide Tatbestandsmerkmale, sowohl die Marktherrschaft wie das mißbräuchliche Verhalten, werden einheitlich gesehen²⁾.

Das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 ist nach alledem eine qualitative Frage, die aus der Sicht der in ihren Handlungsfreiheiten geschützten Personen zu spezifizieren ist und die vom Vorliegen eines mißbräuchlichen Verhaltens nicht getrennt werden kann. Eine solche Schutzbedürftigkeit kann im Einzelfall auch bei Stilllegung nur eines einzigen Aktionsparameter zu bejahen sein. Bezugspunkt soll nicht so sehr eine einzelwirtschaftliche Bilanz von Vor- und Nachteilen sein³⁾. Als heuristische Formel soll vielmehr die Frage dienen,

1) Auch ein ansonsten zwischen den Anbietern bestehender lebhafter Wettbewerb - so die Detailbegründung - hilft den Kunden nicht. Diese können der einheitlichen Phalanx von Konditionen nicht durch einen Wechsel der Geschäftspartner ausweichen. Daher ergibt eine Gesamtschau, daß die Unternehmen sich in diesem Punkt als eine Einheit behandeln lassen müssen; wesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 ist zu verneinen (vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 172). - Neben der bereits genannten Fallgruppe der Verdrängung von Außenseitern durch eine Oligopolgruppe verdeutlicht Möschel seine Position an einem weiteren Beispiel, in dem die schutzwürdigen Interessen von Newcomern zur Diskussion stehen: Oligopolunternehmen bieten ein technisch hochwertiges Produkt (z.B. Computer, Kopiergeräte) an, wobei sie ihre Abnehmer durch Kopplungsverträge auf den Bezug eines Komplementärproduktes verpflichten. Durchaus reger Wettbewerb im Service, in der Qualität und in anderen Bereichen sowie eine unterschiedliche Preispolitik auf dem Primär- und Komplementärmarkt schließen nicht aus, daß potentiellen Konkurrenten der Zugang zum Sekundärmarkt verschlossen bleibt. Außerdem können sich die Abnehmer weder dem Kopplungsdictat noch einem möglichen Preismißbrauch bei dem Sekundärprodukt entziehen. Der noch vorhandene Wettbewerb neutralisiert insoweit nicht die Marktmacht der Oligopolgruppe; die potentiellen Konkurrenten sowie die Abnehmer sind schutzbedürftig (vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 171 f.).

2) Vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 171.

3) Z.B. dergestalt, daß eine Gleichpreisigkeit (nicht) durch einen intensiven Werbungs- oder Rabattwettbewerb kompensiert werden kann; in einer solchen "Bilanzierung" sieht Möschel (Der Oligopolmißbrauch, S. 173) zumindest "eine unglückliche Nuancierung".

ob der Wettbewerb den geschützten Personenkreisen einen uneinträchtigen Gebrauch ihrer Freiheitsrechte ermöglicht. Da die Unausweichlichkeitswirkung auf Dritte das zentrale Kriterium ist, kann auch der oligopolistische "Normalzustand" der Gleichpreisigkeit eine Mißbrauchsaufsicht auslösen. Die Gleichpreisigkeit über einen längeren Zeitraum hinweg kann als Indiz für eine Eliminierung von Wettbewerbsfaktoren verstanden werden, sei es durch Absprachen, sei es durch tastend ermittelndes und sich einpendelndes Parallelverhalten¹⁾.

cc) Ablehnung der Parametertheorie im Rahmen des marktbeherrschenden Einzelunternehmens (§ 22 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2)

Anders als beim Oligopol lehnt Möschel im Rahmen des Tatbestandes des § 22 Abs. 1 die Parametertheorie und damit die besondere Bedeutung des Preisparameters ab, weil die verschiedenen Erscheinungsformen des Wettbewerbs in einer untrennbaren Interdependenz zueinander stünden und die besondere Hervorhebung eines einzelnen Parameters mithin ein irreführendes Bild vermitteln würde²⁾.

Auch eine "modifizierte" Parametertheorie, die zwar ein isoliertes Abstellen auf den Preiswettbewerb für unzureichend erachtet, die indes andere Parameter (z.B. Qualität, Ausstattung) als Kompensationselemente nur akzeptiert, falls sie nicht

1) So Möschel (Der Oligopolmißbrauch, S. 173 f.) in Auseinandersetzung mit der vielfach anzutreffenden These, ein gleichförmiges Verhalten von Oligopolisten sei als Normalzustand nicht sanktionierbar. - Ein wenig modifizierend will Möschel seine Auffassung nicht als eine allgemeine Parametertheorie verstanden wissen, wonach wesentlicher Wettbewerb bereits fehlt, falls nur ein als besonders wichtig eingeschätzter Aktionsparameter (z.B. der Preis) seitens der Unternehmen stillgelegt worden ist. Vielmehr soll die Einsicht offengehalten werden, daß bei Oligopolunternehmen angesichts der typischen Tendenz zur Verhaltenskonformität die Frage, ob wesentlicher Wettbewerb besteht, sich anders stellt als im Rahmen des marktbeherrschenden Einzelunternehmens gem. § 22 Abs. 1 (Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 81).

2) Vgl. Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 48.

durch Preisaufschläge ausgeglichen werden¹⁾, wird mit dem Argument zurückgewiesen, sie orientiere sich allzusehr an Marktergebnis-Vorstellungen und setze sich daher über die primäre freiheitliche Zielsetzung des GWB hinweg. Ferner werden die erheblichen praktischen und theoretischen Schwierigkeiten zu bedenken gegeben, denen sich eine Prüfung, ob der Wettbewerb insgesamt zu einer "preisrelevanten Leistungsverbesserung" für die Marktgegenseite geführt habe, gegenübersteht. Wettbewerb sei ein Entdeckungsverfahren; mithin seien die unbekannten Wirkungen für den konkreten Einzelfall nicht simulierbar²⁾.

Für notwendig erachtet wird eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände. Angesichts des gemeinsamen Schutzzweckes des Marktbeherrschungstatbestandes soll dies Postulat gleichermaßen für § 22 Abs. 1 Nr. 1 wie für Nr. 2 gelten. Insgesamt soll eine Mißbrauchsaufsicht dann möglich sein, falls ein Unternehmen über einen wettbewerblich unkontrollierten Handlungsspielraum verfügt, der die wirtschaftliche Handlungsfreiheit Dritter spürbar bedroht oder beschränkt³⁾.

c) Die kritikable Ablehnung der Parametertheorie bei marktbeherrschenden Einzelunternehmen infolge prinzipieller Bedenken gegenüber Marktergebnis-Kontrollen

Für die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen erwächst Wettbewerb nicht aus inhaltlich vorweg definierten Handlungsfreiheiten; er ist ein Prozeß von Verhaltensabläufen. Innerhalb einer solchen Konzeption müssen Marktergebnis-Kontrollen als

1) So Markert, Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager, S. 87 ff. (92).

2) Vgl. Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 48.

3) Vgl. ebenda. - Ein wenig abschwächend ist ebenfalls (vgl. ebenda, Rdnr. 49) zu lesen, eine schutzzweckorientierte Interpretation des § 22 Abs. 1 schließe nicht aus, im Einzelfall zum gleichen Ergebnis zu kommen, wie es die Parametertheorie allgemein fordere. Die beispielhaften Fallgruppen (Marktverdrängung durch Kampfpraktiken, Benachteiligung der Konkurrenten durch Preisstrukturmißbräuche (etwa Treuerabatte), machen allerdings deutlich, daß auch hier nicht an eine Korrektur von bestimmten Marktergebnissen gedacht ist.

ein Systembruch erscheinen; denn es werden keine Spielregeln für unternehmerisches Handeln gesetzt; vielmehr werden die Spielergebnisse hoheitlich korrigiert. Dabei werden zentrale Bruchstellen nicht so sehr in den konzeptionellen wie praktischen Schwierigkeiten erblickt, die darin bestehen, bestimmte Marktergebnisse, die angesichts des Entdeckungsverfahrens von Wettbewerb an sich nicht rekonstruierbar sind, positiv als Referenzsystem zu formulieren¹⁾. Systemwidrig müssen solche Marktergebnis-Kontrollen vornehmlich deshalb erscheinen, weil mit ihnen die Gefahr verbunden ist, daß sie - z.B. bei Preisherabsetzungen mit der Wirkung, daß Newcomer behindert werden, die marktbeherrschende Stellung sich dadurch stabilisiert, - in langfristiger Perspektive zu einem Zielkonflikt mit dem originären Regelungsanliegen des GWB, sprich: der Förderung von Wettbewerbsprozessen, führen²⁾.

Eine solche Systemwidrigkeit und damit prinzipielle Unzulässigkeit wird von der Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere im Hinblick auf die Preiskontrollen angenommen. In Übereinstimmung mit der vorherrschenden Meinung ist § 22 GWB eingeordnet in eine Konzeption des Schutzes des freien Wettbewerbs und findet darin seine Grenzen³⁾. Aus dieser Sicht erweisen sich Preiskontrollen vornehmlich als dysfunktional, weil ein Wettbewerbssystem die Verbraucherinteressen definitionsmäßig nur durch den Prozeß, also auf mittelbare Weise zu schützen sucht, und § 22 nicht auf einen wettbewerblichen Ausnahmereich zielt, sondern auf beliebige Marktverhältnisse, die als solche grundsätzlich zugänglich bleiben⁴⁾. Überdies

1) Schmidtchen, Ordo Bd. XXX S. 273 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten I, TZ 35; Hoppmann, Preiskontrolle und Als-ob-Konzept, S. 30 ff.; ders., Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs, S. 38; Kirchstein, Die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB, S. 19, 21 ff.

2) Vgl. im einzelnen Möschel, BB 1976, S. 49, 51; ders., Wettbewerb im Schnittfeld, S. 350; ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 503; ders., in: Mestmäcker/Immenga, Rdnr. 12 zu § 22.

3) Vgl. hierzu umfassend Möschel, Das Wirtschaftsrecht der Banken, S. 337 ff.

4) Vgl. Möschel, Wettbewerb im Schnittfeld, S. 352.

lassen praktische Schwierigkeiten in der Anwendung der Meßverfahren mit all ihren Unschärfen einen nennenswerten Einsatz von Preiskontrollen als wenig sinnvoll erscheinen. Des weiteren wird geltend gemacht, die begrenzte Rechtskraft der festgelegten Preisobergrenze schließe eine nachhaltige Effizienz aus¹⁾. Schließlich werden von Preiskontrollen nachteilige Nebenwirkungen auf den Restwettbewerb befürchtet; der Anreiz zu verstoßendem Wettbewerb mit seiner Chance besonders hoher Gewinne scheint beeinträchtigt, und die Gefahr wird beschworen, daß die mit einer Preisverfügung überzogenen Unternehmen auf andere Aktionsparameter (Service, Werbung, Forschung usw.) ausweichen²⁾.

1) Die fixierten Preisobergrenzen gelten nämlich nur auf der Basis der tatsächlichen Feststellungen im Zeitpunkt der Verfügung bzw. der letzten mündlichen Verhandlung. Verändern sich die Marktverhältnisse, wird insbesondere die Vergleichbarkeit von Märkten durch unterschiedliche Entwicklungen (neue Tarifaabschlüsse, Kostenveränderungen infolge staatlicher Maßnahmen) in Frage gestellt, so ist die betroffene Unternehmung nicht mehr an den Verwaltungsakt bzw. die Gerichtsentscheidung gebunden.

2) Vgl. zur umfassenden Kritik an der Preiskontrolle sowie dem Ausbeutungsmißbrauch schlechthin Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 559; ders., in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 149. - Angesichts solcher Dysfunktionalität wäre es an sich konsequent, Preiskontrollen (als bekanntestes Beispiel von Marktergebnis-Kontrollen) schlechthin für unzulässig zu deklarieren. Diese weitreichende und wohl kaum mit dem Gesetz in Einklang zu bringende Schlußfolgerung zieht Möschel freilich nicht. Den Widerspruch zwischen theoretischer Stringenz und gesetzgeberischem Willen löst er vielmehr in einer sog. Dreistufentheorie auf, die folgendes Prozedere nahelegt:

- § 22 ist primär gegen alle Formen des sog. Behinderungsmißbrauchs einzusetzen; im Vordergrund steht die Offenhaltung der Märkte.

- Aus der Preiskontrolle sind sodann herauszulösen die Sachverhalte mißbräuchlicher Preisbildungssysteme (sog. Preisstrukturmißbräuche), die dadurch charakterisiert werden, daß sie zwar einen unmittelbaren Einfluß auf die Preispolitik der Unternehmen haben, bei ihrer wettbewerbliehen Kontrolle indes eine unmittelbare preisbezogene Intervention entfällt (z.B. Lieferpreissysteme, Ausgestaltung von Rabattsystemen).

- Erst als ultima ratio kommen Preiskontrollen in Betracht. Sie werden nur bei Sachverhalten für sinnvoll gehalten, die sich tendenziell einem Ausnahmebereich nähern, in welchem man die Hoffnung auf die Selbstheilungskräfte des Marktes aufgeben sollte.

Nach alledem wird die Preiskontrolle auf eine Art "Erinnerungsposten" herabgestuft (sog. These vom "Notbehelf" der Preisüberhöhungskontrolle); vgl. im einzelnen Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 158; ders., JZ 1975, S. 393, 394;

Angesichts dieses theoretischen Überlegungsrahmens ist es an sich konsequent, die Parametertheorie, die wesentlichen Wettbewerb (bereits) vermißt, falls ein als besonders wichtig eingeschätzter Aktionsparameter, insbesondere der Preis, seitens eines Unternehmens stillgelegt ist, abzulehnen. Die These von der Subsidiarität der Marktergebnis-Kontrollen gegenüber marktstrukturellen Eingriffen findet so ihr adäquates Pendant schon bei der Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Marktbeherrschung. Die Systemwidrigkeit von Marktergebnis-Kontrollen und speziell von Preiskontrollen strahlt gleichsam auf das erste Tatbestandsmerkmal der Mißbrauchsaufsicht zurück und findet bei der normativen Bestimmung des (relativen) Marktbeherrschungsbegriffs ihre Berücksichtigung.

noch zu S. 145 Fn. 2:

ders., BB 1976, S. 49, 50 ff., 53; ders., Rechtsordnung zwischen Plan und Markt, S. 31 ff. (40); ders., Wettbewerb im Schnittpunkt, S. 352; ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 560; ders., in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 150; zustimmend Scholz, ZHR 141, S. 520, 537; Westrick-Löwenheim, Rdnr. 46, 57, 63.

Bezüglich der Feststellung der mißbräuchlichen Preisobergrenze führt die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen zu folgenden Überlegungen: Um die Differenz von tatsächlichem Preis und hypothetischem Wettbewerbspreis zu bestimmen, kann nicht auf die analytischen Modelle aus der Preistheorie zurückgegriffen werden; diese sind mangels hinreichenden Realitätsbezugs unbrauchbar. Auch die Konzepte der Gewinn- und Kostenbegrenzung werden mangels ausreichender Praktikabilität verworfen; außerdem haben sie keinerlei Bezug mehr zu einer freiheitlichen Wettbewerbskonzeption. Für adäquat werden allein die sog. Vergleichsmarktkonzepte gehalten, wobei die unvermeidbaren Unschärfen im Meßverfahren, die im wesentlichen mit der zeitlichen oder räumlichen Vergleichbarkeit der Märkte zusammenhängen, dadurch auszugleichen sind, daß die inkriminierten Preise erheblich über dem wettbewerbsanalogen Preis liegen müssen. Daß mit solcher Preiskontrolle nur allergrößte Sachverhalte geahndet werden können, wird offen zugestanden. Vgl. zum Vorstehenden den zusammenfassenden Überblick bei Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22, Rdnr. 152-167.

In solcher Herabstufung und Begrenzung sind Preiskontrollen auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Als systemkonforme Alternative zu einer solchermaßen wenig effektiven Preiskontrolle werden weitreichende Struktureingriffe empfohlen. Vgl. Möschel, Wettbewerb im Schnittpunkt, S. 353; ders., Rechtsordnung zwischen Plan und Markt, S. 40; ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 560.

Es fragt sich indes, ob die unter dem Sinnfälligkeitskriterium der Konformität (Geschlossenheit der Wertungen) plausible These vom Notbehelf der Marktergebnis-Kontrollen bzw. der Preisüberhöhungskontrollen sowie ihre rechtssystematische Transformation auf die Vorstufe der Bestimmung der Normadressaten des § 22 Abs. 1 mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang zu bringen ist.

Unstreitig dürfte sein: Der Gesetzgeber des GWB von 1957 hat sich für eine auch die Marktergebnis-Kontrolle umfassende Mißbrauchsaufsicht entschieden und an dieser Grundsatzentscheidung hat er bis auf den heutigen Tag festgehalten. Zwar hat er die weitreichenden Vorstellungen von Eucken und Miksch über die Unterstellung von "Monopolunternehmen" unter eine staatliche Aufsicht nach dem Maßstab des "Als-ob-Wettbewerbs"¹⁾, die auch in den Josten-Entwurf von 1949 Eingang gefunden haben²⁾, nicht übernommen. Andererseits machte aber gerade die im Gesetz von 1957 explizit vorgesehene Untersagungsbefugnis gegenüber Preis- und Konditionenmißbrauch (und mißbräuchlichen Kopplungsbedingungen) deutlich, daß neben der Wettbewerbsbehinderung auch die Ausbeutung der Marktgegenseite erfaßt werden und damit eine Marktergebnis-Kontrolle möglich sein sollte³⁾. Die spätere Erweiterung des Mißbrauchsbegriffs des § 22 zu einer General-

1) Vgl. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 292 f.; Misch, Wettbewerb als Aufgabe, S. 99

2) Auszugsweise abgedruckt in: Günther, Probleme der Fusionskontrolle, S. 17 ff. - § 22 dieses Entwurfes sah vor: "Inhaber wirtschaftlicher Macht sollen sich im Geschäftsverkehr so verhalten, wie sie sich verhalten würden, wenn sie einem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt wären". Daneben sah § 25 für solche Unternehmen ein Verbot von "Maßnahmen des Behinderungswettbewerbs" und des "Störungs- und Schädigungskampfes" vor. - Zur Bedeutung des Josten-Entwurfs generell vgl. Günther, Die geistigen Grundlagen des sogenannten Josten-Entwurfs, S. 183 ff.

3) Nach der Regierungsbegründung zum GWB-Entwurf 1952/1955 ist der Preis- und Konditionenmißbrauch daran zu messen, "daß die Preise oder Geschäftsbedingungen erheblich von dem Stand abweichen, der bei wirksamer Konkurrenz bestehen würde, und daß für diesen Unterschied eine wirtschaftliche Rechtfertigung nicht vorhanden ist" (BT-Drucksache II/1158, Anlage 1 zu § 17).

klausel anlässlich der Novelle von 1965 hat zwar den Aspekt des Behinderungsmissbrauchs stärker akzentuiert¹⁾. Daß damit zugleich Marktergebnis-Kontrollen unzulässig werden sollten, entbehrt eines jeden Hinweises²⁾. Letzte Zweifel bezüglich der Zulässigkeit von Marktergebnis-Kontrollen, insbesondere Preiskontrollen sind durch die 4. Kartellnovelle beseitigt worden, die das Fordern von Entgelten oder sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, ausdrücklich verbietet (§ 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2)³⁾.

Es mag dahinstehen, ob sich aus der Entstehungsgeschichte des § 22 und den allgemeinen "auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzungen des GWB" eine Präferenz des gesetzlichen Wertungssystems für Maßnahmen zur Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs gegenüber Marktergebnis-Kontrollen ergibt⁴⁾. Auf keinen Fall kann der wettbewerbskonforme

- 1) Zu den maßgeblichen legislatorischen Motiven vgl. Kartellbericht 1962 der Bundesregierung, BT-Drucksache IV/617; Regierungsbegründung zur 1. Kartellnovelle BT-Drucksache IV/2564, zu Art. 10; Berichte zum Bundestagsausschuß für Wirtschaft, BT-Drucksache IV/3533, zu § 22 Abs. 3
- 2) So freilich Rittner, § 22 im Spannungsfeld wirtschaftswissenschaftlicher Theorien und rechtsstaatlicher Postulate, S. 251 ff. (S. 263): "Die bis dahin mit § 22 erworbenen Erfahrungen und auch die gesamte Vorgeschichte legen die Annahme nahe, daß man von einer als verfehlt anerkannten Konzeption Abschied nehmen wollte." - Diese Schlußfolgerung ist bereits deshalb unzutreffend, weil es bis dato nicht ein einziges bedeutsames Preismißbrauchsverfahren gegeben hatte. mit der Preismißbrauchsaufsicht gem. § 22 wurde praktisch erst anlässlich der Benzinpreisverfahren im Jahre 1967 begonnen (vgl. TB 1967, S. 11, 41 f.). Der Gesetzgeber, dem dies und andere Verfahren bekannt waren, hätte an sich anlässlich der Novellierung von 1973 Gelegenheit gehabt, den Marktergebnis-Kontrollen eine Absage zu erteilen; insoweit fehlt jedoch wiederum jeglicher Anhaltspunkt.
- 3) Zudem spricht die Schließung der "Sanktionslücke" bei der Preismißbrauchsaufsicht in den §§ 35 Abs. 2, 37 b für die Zulässigkeit von Preiskontrollen.
- 4) Eine solche Präferenz scheint das KG zu favorisieren, wenn es verschiedentlich betont, die Mißbrauchsaufsicht diene in erster Linie dazu, anderen Unternehmen den Zugang zum Markt offenzuhalten (vgl. z.B. KG WuW/E OLG 995, 999 ("Handpreisauszeichner"); 1767, 1771 ("Kombinationstarif"). In die gleiche Richtung zielt die Stellungnahme der Bundesregierung zum 1. Hauptgutachten der Monopolkommission sowie das Sondergutachten I.

Vorrang der kartellbehördlichen Verhaltenskontrolle gegenüber der Marktergebnis-Kontrolle dahin verstanden werden; daß eine Marktergebnis-Kontrolle lediglich als ultima ratio in Betracht kommt, mithin nur bei Sachverhalten in Erwägung zu ziehen ist, in denen die Hoffnung auf die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs aufgegeben werden sollte. Die (theoretisch schlüssige) These von der Subsidiarität der Marktergebnis-Kontrollen gegenüber marktstrukturellen Eingriffen und gegenüber einer Bekämpfung von Behinderungsmißbräuchen findet daher in den Gesetzesmaterialien keinen Anhaltspunkt und scheidet als heuristische Interpretationslinie aus¹⁾.

Ist es mithin verfehlt, de jure von einer Subsidiarität der Marktergebnis-Kontrollen auszugehen, so kann die Subsidiaritätsthese auch nicht bei Beantwortung der Frage, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S. des § 22 Abs. 1 wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist, in die Wertung mit einbezogen werden. Unter dem Aspekt der Effektivität ist es wenig sinnvoll, die Normadressaten des Marktbeherrschungstatbestandes bei Stilllegung eines Parameters so restriktiv zu definieren, daß das "Nadelöhr" des konkreten Mißbrauchsvorwurfs so gut wie niemals erreicht wird. Die einzige Rechtsfolge, die sich an eine Bejahung des Marktbeherrschungstatbestandes knüpft, besteht in der schlichten Ermöglichung einer Mißbrauchskontrolle.

1) Auch die Rechtsprechung läßt bisher nichts für eine solche Begrenzung der Handlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden i.S. der "Dreistufentheorie" von Möschel erkennen; vgl. Markert, Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 299 ff., 303 FN. 46. - Daß die "Dreistufentheorie" von der Judikatur bislang nicht als normative Kategorie rezipiert worden ist, wird auch von Möschel (Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 560; ders., in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 150) eingeräumt. Sicherlich dürfen mit Rücksicht auf die bekannten Unzulänglichkeiten (Unsicherheiten im Meßverfahren, Fehlen räumlicher oder zeitlicher Vergleichsmärkte, Rechtskraftimplikationen etc.) auch zukünftig keine allzu großen Erwartungen in die Effektivität von Preiskontrollen gesetzt werden. Und daher wird eine einzelfallbezogene Preismißbrauchsaufsicht kaum mehr als ein "Notbehelf" für Ausnahmefälle bleiben. Von diesem faktischen Befund ist indes zu trennen die normative Dimension des § 22, der für eine juristische Subsidiarität und eine damit einhergehende begrenzte Eingriffsmöglichkeit der Kartellbehörden keinen Anhaltspunkt bietet.

Diese teleologische Erwägung gilt gleichermaßen für die Definition des marktbeherrschenden Einzelunternehmens wie für die des marktbeherrschenden Oligopols¹⁾. Sicherlich ist die Simulation eines wettbewerbskonformen Verhaltens im Einzelfall recht schwierig und vielfach sind die Kartellbehörden auf (grobe) Schätzungen angewiesen. Diesen praktischen Schwierigkeiten wird indes bereits Rechnung getragen, daß der (mit Unsicherheiten belastete) Nachweis des konkreten Machtmißbrauchs rechtsstaatlichen Anforderungen genügen muß und daher ohnehin tendenziell "zugunsten" des betroffenen Unternehmens ausfällt²⁾. Angesichts dieser zwingenden Filterfunktion des Mißbrauchsnachweises, der ohnehin nur bei den allergrößten Sachverhalten gelingen wird, erscheint eine Argumentation, die (bereits) bei der Definition des marktbeherrschenden Einzelunternehmens grundsätzlich die besondere Gewichtung eines einzelnen Aktionsparameters verwirft und auch die Prüfung, ob der vorhandene Wettbewerb insgesamt zu einer "Leistungsverbesserung i.S. eines Gesamtpaketes" führt³⁾, prinzipiell als zu restriktiv verwirft. Unter dem Sinnfälligkeitskriterium der Geschlossenheit der Wertungen (Konformität) ist eine solche Position zweifellos schlüssig. Die theoretische Stringenz negiert jedoch den gesetzgeberischen Willen und geht augenscheinlich zu Lasten der Effektivität: Die hoheitliche Korrektur von Preisen sowie anderer Aktionsparameter scheitert bereits am fehlenden Nachweis einer marktbeherrschenden Einzel

1) Bezogen auf das Oligopol will Möschel (vgl. Der Oligopolmißbrauch, S. 174) diese teleologische Erwägung fruchtbar machen.

2) Die Valium-Beschlüsse des BGH und KG sind insoweit beredter Beleg. An dieser Stelle mag ein grober Hinweis auf die zusammenfassende Darstellung von Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 153 ff. genügen.

3) So Markert, Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager S. 92.

stellung¹⁾).

d) Die "widersprüchliche" Bestimmung des marktbeherrschenden Oligopols

Wenngleich Möschel auch seine Ausführungen zum marktbeherrschenden Oligopol nicht als eine allgemeine Parameter-Theorie verstanden wissen will, so kann sich doch für ihn die Frage des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 wegen der typischen Oligopol Tendenz zur Verhaltenskonformität anders stellen als im Rahmen des Abs. 1²⁾. Der um eine Effizienz

1) Bei "entrechtenden" Rechtskonditionen (AGB) will Möschel (vgl. in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 172) seine wettbewerbstheoretischen und praktischen Bedenken gegen Marktergebnis-Kontrollen nicht gelten lassen. Entscheidender Beurteilungsmaßstab soll hier die einseitig belastende Abweichung von den Gerechtigkeitsvorstellungen des dispositiven Rechts sein. Als Referenzsystem soll das AGB-Gesetz fungieren. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Marktbeherrschung wird bejaht, da das dispositive Recht Mustercharakter für einen Interessenausgleich unter den Bedingungen eines jedenfalls wettbewerblich erreichbaren Marktgleichgewichts hat (vgl. im einzelnen Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 198 f.). - Diese Unterscheidung zwischen (zulässiger) AGB-Kontrolle und (unzulässiger) Preiskontrolle überzeugt wenig. Weder von der allgemein anerkannten Schutzfunktion des Marktbeherrschungstatbestandes noch vom Sinn der Einräumung von Privatautonomie in einer marktwirtschaftlichen Ordnung her ist einzusehen, daß einem marktbeherrschenden Unternehmen zwar die mißbräuchliche Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen, nicht dagegen die mißbräuchliche Ausnutzung seiner Preisgestaltungsmarktmacht untersagt werden kann. Der Unterschied zwischen einer Kontrolle von Preisen und Rechtskonditionen ist nur der, daß als Maßstab für die inhaltliche Angemessenheit der allgemeinen Geschäftsbedingungen das dispositive Gesetzrecht sowie das zwingende AGB-Gesetz einen wertvollen Anhaltspunkt bieten, während die Preisbestimmung nicht anhand eines solch relativ eindeutigen Standards korrigiert werden kann. Die notwendigerweise großen Unschärfen im Meßverfahren bei den Preiskontrollen verweisen jedoch vornehmlich auf praktische Schwierigkeiten, nicht auf theoretische Bedenken. Der theoretische Rechtfertigungsversuch von Möschel (ebenda), im Unterschied zur Preiskontrolle bezüge sich die Bekämpfung von Konditionenmißbräuchen regelmäßig auf die Gestaltung von Rahmenbedingungen und verbleibe insoweit außerhalb der Denkkategorien eines Marktergebnis-Tests, wirkt ein wenig "konstruiert".

2) Vgl. insbes. Möschel in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 81.

bemühten Oligopolkontrolle wird die Aufgabe zugewiesen, die Ausformungen von Wettbewerbsbedingungen zu verhindern, welche marktstrukturell Gruppensolidarität unter den Oligopolisten und faktische Wettbewerbsbeschränkungen erst möglich machen. Oligopolstrukturen werden allgemein als pathologische Sachverhalte gewertet, die gerade eine Aufsicht im Hinblick auf Mißbräuche erforderlich machen. Ein gleichförmiges Marktverhalten, insbesondere die ständig praktizierte Preisführerschaft, wird demgemäß als hinreichende Bedingung angesehen, um das für die Marktbeherrschung der Gruppe konstituierende Element der Schutzbedürftigkeit gegenüber unausweichlicher Marktmacht zu bejahen. Und speziell im Hinblick auf den Fall der Preiskontrolle werden interne Marktanteilsverschiebungen, bedingt durch Innovations-, Qualitäts- und Werbungswettbewerb, für irrelevant erklärt, da sie die Marktgegenseite nicht vor überhöhten Preisen zu schützen vermögen; denn jedem Oligopolunternehmen sei bewußt, daß es durch Preissenkungen seine Erlössituation verschlechtere, aber keine nennenswerten Marktanteile hinzugewinne, welche die Erlösverschlechterung kompensierten¹⁾.

Mit solcher Argumentation setzt sich Möschel tendenziell in Widerspruch zu seinen Ausführungen zum marktbeherrschenden Einzelunternehmen (§ 22 Abs. 1), ohne daß plausible Rechtfertigungsgründe für eine solche Unterscheidung sichtbar wären. Im Gegenteil: Nicht weniger als drei Argumente sprechen für eine einheitliche Betrachtungsweise:

- Geht man mit der herrschenden Meinung und dem untrüglichen gesetzgeberischen Willen davon aus, daß der Normzweck des § 22 auch den Schutz der Marktgegenseite vor mißbräuchlich überhöhten Preisen einschließt, so ist nicht einsichtig, daß dieser Schutzzweck nur für den Oligopolbestand gelten soll. Daß ein Einzelunternehmen bereits angesichts seiner dominierenden Marktstellung im Verhältnis zu seinen Konkurrenten marktbeherrschend sein kann, hängt von der Situation des Einzelfalles ab und rechtfertigt nicht, an die Wesentlichkeit des Wettbewerbs in Abs. 1 prinzipiell andere Anforderungen zu stellen als in Abs. 2. Insbesondere spricht nichts dafür, der Parametertheorie,

1) So Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 79, in befürwortender Übernahme der Erwägungen des KG im Valium-Beschluß, auf den im nächsten Kapitel näher eingegangen wird.

insbesondere dem Aktionsparameter Preis, nur im Rahmen des Abs. 1 die Anerkennung zu versagen. Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktgegenseite wird gleichermaßen bedroht, wenn Oligopolunternehmen - möglicherweise aus marktstrukturellen Gründen - keinen Preiswettbewerb betreiben oder ein Einzelunternehmen den Preisparameter stillgelegt hat. Beide Marktbherrschungstatbestände erfordern wegen ihres gleichen Schutzzweckes im Ausgangspunkt eine einheitliche Betrachtungsweise. Es mag sein, daß ein Unternehmen mit einem großen Preisgestaltungsspielraum nicht selten infolge eines effektiven Nichtpreiswettbewerbs (z.B. Innovations- und Qualitätswettbewerb) wieder in das kompetitive Marktgeschehen eingegliedert wird, so daß auch die Wiederbelebung des Preiswettbewerbs erwartet werden kann. Ein Hoffen auf eine solche Erosion des Preiswettbewerbs kann im Einzelfall aber infolge der strukturellen Eigenart des Marktes sowie der konkreten Machtposition eines permanenten Monopolisten auch trügerisch sein. Hier muß es möglich bleiben, die "sichtbare Hand" der staatlichen Kartellbehörde anstelle der unsichtbaren Hand des Wettbewerbs in Anspruch zu nehmen; unter solch "anormalen" Voraussetzungen kann eine Preiskontrolle nicht bereits an der Vorfrage einer marktbeherrschenden Einzelstellung scheitern¹⁾.

1) Für eine einheitliche Betrachtungsweise der beiden Marktbherrschungstatbestände votiert auch Markert, der zwar ein isoliertes Abstellen auf den Preiswettbewerb allein nicht für ausreichend hält, jedoch eine "Leistungsverbesserung i.S. eines Gesamtpakets" fordert (Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager, S. 92). - Die von Möschel getroffene Differenzierung ist umso weniger nachvollziehbar, da er seine grundsätzliche Kritik gegen die Möglichkeit von Preiskontrollen auch auf Oligopolmärkte bezieht. Hier ist nach seiner Meinung Bedacht darauf zu nehmen, daß Preisverfügungen nicht zu jenen Wirkungen führen, die man über die Bekämpfung von Konzertierungsmechanismen wie abgestimmtes Verhalten u. dgl. ansonsten zu verhindern trachte. Außenseiter könnten ggf. durch Preisherabsetzungen aus dem Markt gedrängt werden, was nicht nur die weniger kostengünstigen Anbieter treffen würde, sondern auch kapitalschwächere Unternehmen oder Unternehmen in einer früheren Entwicklungsphase (vgl. Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 149).

- Hinzu kommt, daß eine eindeutige Abgrenzung zwischen Monopol- und Oligopolmarktbeherrschung bei der Konstruktion der gesetzlichen Tatbestände vielfach nicht möglich ist. So kann die Situation eines durch faktisches Parallelverhalten aller Unternehmen gekennzeichneten Marktes, auf dem der Marktführer einen Anteil von 60% hat und die nächstgrößeren Unternehmen Marktanteile von 30% und 10% aufweisen, sowohl als ein Fall des § 22 Abs. 1 (Einzelmarktbeherrschung des Marktführers, jedenfalls i.S. einer überragenden Marktstellung), wie auch als Zweier- oder Dreieroligopol gem. § 22 Abs. 2 qualifiziert werden. Gedanklich ausgeschlossen ist allein die beiden nächstgrößeren Unternehmen für sich allein als marktbeherrschend anzusehen; die Position des Marktführers ist nicht eindeutig als Monopol- oder Oligopolunternehmen zu bestimmen¹⁾.

- Für eine Gleichbehandlung des Monopol- und Oligopolstatbestandes spricht schließlich, daß das Wesen einer kartellbehördlichen Verfügung durch das Auswechseln des Marktbeherrschungstatbestandes nicht verändert wird. Gegenstand eines Mißbrauchsverfahrens ist ausschließlich, ob ein Unternehmen i.S. des § 22 marktbeherrschend ist und seine marktbeherrschende Position mißbräuchlich ausnutzt. Welcher Normadressat letztlich angesprochen ist, ist für die Entscheidung in der Sache irrelevant. Ohne Bedeutung ist, ob sich die marktbeherrschende Stellung des betroffenen Unternehmens aus § 22 Abs. 1 Nr. 1 oder der Alternative der Nr. 2 ergibt. Nichts anderes gilt im Verhältnis zur Alternative des § 22 Abs. 2, die der eigenen Marktbeherrschung des betroffenen Unternehmens die Marktbeherrschung durch eine Mehrheit von Unternehmen gleichstellt, diese also in den Kreis der Normadressaten miteinbezieht, soweit zwischen ihnen (im

1) Vgl. Markert, Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager, S. 93; eingehend Immenga/Schulte/Braucks, BB 1981, S. 149 ff.; Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 78. Auch das Bundeskartellamt hat in einem Fusionsfall ein Unternehmen als marktbeherrschendes Einzelunternehmen gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 angesehen und zugleich als Mitglied eines marktbeherrschenden Oligopols (WuW/E BKartA 1727, 1730 "RWE-Energieversorgung Leverkusen"). - Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht ist in der Justizpraxis die Ansicht wohl vorherrschend, daß sich die beiden Marktbeherrschungstatbestände gegenseitig ausschließen; auf einem Markt könne nur ein marktbeherrschendes Einzelunternehmen oder ein marktbeherrschendes Oligopol tätig sein. Vgl. z.B. KG WuW/E BGH 1678, 1680 "Valium II".

Innenverhältnis) für eine bestimmte Art von Waren (gewerblichen Leistungen) allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie (im Außenverhältnis) in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 erfüllen, d.h. soweit diese Mehrheit von Unternehmen ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Diese Erweiterung des Kreises der Normadressaten läßt das Wesen der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 Abs. 4 und 5 und dementsprechend auch einer hierauf gestützten Untersagungsverfügung unberührt. Der Mißbrauchsvorwurf ist - wie die Gleichstellung der Normadressaten in § 22 Abs. 1 und Abs. 2 deutlich macht - nicht entscheidend davon abhängig, ob die eigene marktbeherrschende Stellung oder die eines Oligopols mißbräuchlich ausgenutzt wird¹⁾.

3. Die Konzeption der Wettbewerbsfreiheit (systemtheoretischer Ansatz)

a) Aktualität und methodologischer Ausgangspunkt

Während in der zweiten Hälfte der 60er Jahre die Konzeption vom funktionsfähigen Wettbewerb die Theoriediskussion bestimmte und auch einen gewissen Einfluß auf die praktische Wettbewerbspolitik hatte, hat in den letzten Jahren - vornehmlich dank der Arbeiten von von Hayek²⁾ und der Beiträge von Hoppmann³⁾ - eine Theorie sowohl wissenschaftlich wie auch

1) Vgl. WuW/E BGH 1678, 1679 ff. "Valium II"; KG WuW/E OLG 2053, 2060 "Valium"; Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 78; Markert, Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager, S. 93.

2) Vgl. die Sammelbände Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 1976, und die Freiburger Studien, 1969.

3) Verwiesen sei an dieser Stelle nur auf folgende Publikationen: Fusionskontrolle: Wirtschaftsdienst 1974, S. 389 ff.; die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, 1974; Preiskontrolle und Als-ob-Konzept. Eine Bemerkung zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Preisunelastizität der Nachfrage als Quelle von Marktbeherrschung, S. 283 ff.; Marktmacht und Wettbewerb, Das Konzept des wirksamen Wettbewerbs, Behinderungsmißbrauch.

- jedenfalls in ihrer allgemeinen wirtschaftspolitischen Programmatik - praktisch zunehmende Bedeutung erlangt, die als "system- oder sozialtheoretisch konzipierte Wettbewerbstheorie"¹⁾ oder auch als "Konzeption der Wettbewerbsfreiheit" respektive "systemtheoretischer Ansatz"²⁾ bezeichnet wird.

Methodologischer Ausgangspunkt dieser Konzeption ist die "radikale" Kritik der überkommenen Wirtschaftswissenschaft, die in ihrer Fixierung auf neoklassisch-modelltheoretische Ansätze vorgibt, "etwas über den Wettbewerb der Realität auszusagen"³⁾. Alle Versuche, die modelltheoretischen Prämissen realitätsnäher zu gestalten, haben angeblich dazu geführt, "daß man auf ein ungeheures Schlachtfeld von Modellruinen zurückblicken kann, auf denen in erhabener Einsamkeit je ein Nationalökonom sitzt"⁴⁾.

Aus diesem Befund ziehen die Theoretiker die Konsequenz, auf ein jegliches Entscheidungsmodell zu verzichten, in dem jeweils alles relevante Wissen vorausgesetzt wird. Durch die Annahme vollständiger Informationen werde nämlich das zentrale gesellschaftliche Problem ausgeblendet, wie angesichts der Unvollständigkeit von Informationen sowie der Zersplittertheit der Informationen auf die Gesellschaftsmitglieder die Handlungen der Marktteilnehmer koordiniert würden und dabei immer neues Wissen entstehe. Die Abhängigkeit des gesellschaftlichen Prozesses von der Informationsverarbeitung durch Millionen von Individuen begrenze gleichermaßen die Möglichkeit sozialwissen-

1) Hoppmann, Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, S. 9. - Neuerdings sprechen die wissenschaftlichen Repräsentanten im Anschluß an Kirzner (Wettbewerb und Unternehmertum) auch vom "Koordinationskonzept", vgl. z.B. Hoppmann, Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs, S. 16.

2) So die Bezeichnung von Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 46.

3) Hoppmann, Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs, S. 15.

4) Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 6.

schaftlicher wie ökonomischer Erkenntnis. Angesichts dieser Begrenztheit des menschlichen Wissens wird es grundsätzlich für verfehlt gehalten, nach neoklassisch-mechanistischer Manier einfache, sogenannte ökonomische Gesetze zu formulieren¹⁾. Erkenntnistheoretisch möglich bleiben angesichts der Komplexität des ökonomischen Systems nur noch sogenannte Musteraussagen, die sich auf das Marktgeschehen beziehen, etwa in der Art, daß ein System zu ökonomischen Vorteilen führt, als ein Sammelbegriff für Wachstum, Induzierung und Entfaltung des technischen Fortschritts, Allokationseffizienz usw.²⁾.

Eine Position, welche die Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnismöglichkeiten angesichts der Komplexität sozialer Phänomene akzentuiert, hat weitreichende theoretische Implikationen und praktische Konsequenzen.

Die Reduktion von theoretischen Aussagen auf Mustervoraussagen führt zu einer Markttheorie, die Wettbewerb als einen gesamtmärklichen Prozeß begreift, die des weiteren das Problem der wirtschaftlichen Macht - jedenfalls weitgehend - negiert und die nicht zuletzt die These von der zentralen Bedeutung des Preiswettbewerbs als unbegründet verwirft³⁾.

Zugleich führt ein solcher methodologischer Ausgangspunkt zu einer "massiven" Kritik der praktischen Wirtschaftspolitik. Da wirtschaftspolitisches Handeln (inklusive wettbewerbspolitischer Maßnahmen) grundsätzlich umfassende Kenntnisse über die wirtschaftlichen Zusammenhänge erfordert, müssen alle wirtschaftspolitischen Maßnahmen, welche die Marktprozesse korrigieren, als "irrational" ("interventionistisch") erscheinen und letztlich zum Scheitern verurteilt sein⁴⁾. Speziell

1) Hoppmann, Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, S. 7.

2) Vgl. dazu von Hayek, Die Theorie komplexer Phänomene; vgl. auch ders., Die Annäherung von Wissen, Ordo Bd. XXVI, S. 12 ff.; Hoppmann, Fusionskontrolle, S. 20 ff.; Graf, Ordo Bd. XXVI, S. 298 ff.; Schmidtchen, Wettbewerbspolitik als Aufgabe, S. 121 ff.

3) Vgl. dazu unten b).

4) Vgl. hierzu vor allem von Hayek in zahlreichen Arbeiten, etwa in Ordo Bd. XXVI, S. 12 ff.

einem lückenlos ausgestalteten Antikartell- und Antimonopolrecht wird vorgehalten, "die Eingangspforte zur allmächtigen Wirtschaftslenkung des totalen Staates (zu bilden), durch die eine freiheitliche Rechtsstaatlichkeit dirigistisch abgewürgt würde¹⁾".

b) Zentrale Elemente der Markttheorie

aa) Wettbewerb als koordinierender, evolutorischer und gesamtmarktlicher Prozeß

Die Konzeption nimmt ihren Anfang bei der Komplexität des Explanandums und begreift Wettbewerb als ein Verfahren zur Entdeckung von Tatsachen, die ohne sein Bestehen unbekannt blieben oder doch zumindest nicht verwertet würden. Dabei wird die Leistung des Wettbewerbs darin erblickt, die Handlungen der beteiligten Wirtschaftssubjekte zu koordinieren und damit zugleich die individuell zersplitterten Informationen gesamtgesellschaftlich nutzbar zu machen. Da über den Wettbewerb zugleich Anreize und Sanktionen vermittelt werden, suchen die Individuen stets nach neuen Informationen und tragen so zu einer Vermehrung des insgesamt vorhandenen gesellschaftlichen Wissens bei²⁾.

Des weiteren wird der Wettbewerb als dynamischer Steuerungsprozeß beschrieben, der über die Stufen: Einführung neuer Problemlösungen (Innovation), Fehlerbeseitigung (Selektion), Verbreitung neuer Problemlösungen (Imitation) bis hin zur Standardisierung (Homoeostasis) führt, die wiederum neue Probleme hervorruft, um die Entwicklung von neuem voranzutreiben

1) Hoppmann, Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, S. 5. Vgl. dazu im einzelnen unten unter d) und e).

2) Vgl. von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 249 ff.; ders., Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, S. 103 ff.; Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 7 ff.; im einzelnen zur Interpretation des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren vgl. auch die unter der Betreuung von Hayeks geschriebene Dissertation von Völkel, Die Regelung des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft, S. 167 ff.

und so einen unendlichen Regreß zu induzieren¹⁾. In diesem Sinne ist das Wettbewerbssystem nicht auf konkrete Ergebnisse hin instrumentalisierbar; es ist offen und evolutorisch: "Die grundsätzliche Offenheit des Wettbewerb als eines Entdeckungsverfahrens macht es unmöglich, den konkreten Ablauf gewünschter Marktprozesse durch ein Modell zu beschreiben"²⁾.

Im Gegensatz zur traditionellen Wettbewerbstheorie, derzufolge einzelne Märkte innerhalb einer Marktwirtschaft disaggregiert werden können, wird der Wettbewerb als ein gesamtmärklicher Prozeß verstanden. Erst aus dessen Vollzug ergibt sich die Aufteilung der Volkswirtschaft in Einzelmärkte in mehr oder minder ständiger Veränderung. Vorgebliche Prämissen werden zu endogenen Variablen; insbesondere die Marktstrukturen erweisen sich als Folgen von Verhaltensweisen und nicht umgekehrt als deren vorgegebene und unveränderliche Ursachen. In der Diktion von Hoppmann: "Alle Preise hängen zusammen und bedingen einander. Jeder Teil des Marktes ist von allen anderen Teilen abhängig und beeinflußt sie seinerseits". Wettbewerb besteht nicht nur zwischen den Anbietern gleicher Waren, sondern auch zwischen den Anbietern verschiedener Produkte. "Alle Unternehmen bemühen sich, soviel als möglich von den dem Publikum zur Verfügung stehenden Geldmitteln in ihre Kasse zu leiten. Alle Waren und Dienstleistungen stehen im Wettbewerb mit allen übrigen Waren und Dienstleistungen"³⁾.

1) Vgl. Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 8.

2) Hoppmann, Fusionskontrolle, S. 16.

3) Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 9. - Zum Totalmarktkonzept, in dem die Volkswirtschaft als ein riesiges heterogenes Polypol erscheint, vgl. ferner Schmidchen, Wettbewerbspolitik als Aufgabe, S. 195 f. Bereits in seiner Schrift, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, hat Hoppmann darauf hingewiesen, daß eine Abgrenzung des "relevanten Marktes" erfahrungswissenschaftlich unmöglich sei. Seine später vorgetragene Äußerung, das Marktsystem sei einheitlich und unzerlegbar, es funktioniere lediglich als ein einziger Markt (Marktmacht und Wettbewerb, S. 9), ist insofern nur eine konsequente Präzisierung dieses Gedankens.

bb) Eliminierung der ökonomischen Macht

Das Verständnis vom Wettbewerb als eines gesamtmarktlichen Prozesses läßt zugleich die Kategorie der Marktmacht obsolet werden. Die Vorstellung vom Wettbewerb als eines sozialen Prozesses der permanenten Neubildung und Erosion von Macht verbietet, die Größe eines Unternehmens oder einer konzentrierten Industrie als Wettbewerbsbeschränkung zu verstehen; im Gegenteil: eine Industrie "kann hochkonzentriert sein, weil sie wettbewerbsfähig ist"¹⁾. Die aus dem Marktprozeß resultierende ungleiche Machtverteilung gilt es zu akzeptieren, zumal keine ökonomische Theorie existiert, welche die Existenz ökonomischer Macht konkret inhaltlich zu fixieren vermöchte²⁾.

Die konzeptionelle Verbannung der Marktmachtkategorie erfährt keine Korrektur dadurch, daß der Begriff der Wettbewerbsfreiheit vielfach als "Abwesenheit von Zwang durch andere" umschrieben wird³⁾. Einem solchen "Zwang durch andere" werden nämlich nur die Kategorien des Betruges und der Irreführung sowie die Strategie, Wettbewerber "mit allen Mitteln" aus dem Markt zu drängen, zugeordnet⁴⁾. Solche Methoden der Zwangsausübung sind in der Realität des Wirtschaftslebens indes seltene Ausnahme. Die sublimeren Manifestationen ökonomischer Macht, die unter der Schwelle der groben Zwangskategorie bleiben, durchaus aber die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs hic et nunc beeinträchtigen können, bleiben unangreifbar. Sie werden auch nicht erfaßt, wenn das Problem der Marktmacht unter dem Aspekt des Monopolbegriffs diskutiert wird⁵⁾. In diesem Kontext

1) Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 12.

2) Vgl. Schmidtchen, Wettbewerbspolitik als Aufgabe, S. 191 ff.

3) Vgl. hierzu insbesondere unter Berufung auf von Hayek, Abbott, Richardson, Kirzner die Ausführungen von Hoppmann in: Fusionskontrolle, S. 12 ff. ferner in: Marktmacht und Wettbewerb, S. 13 ff.

4) So die englischsprachige Bedeutung der Bezeichnung "Coercion", auf die sich Hoppmann bezieht. Zur einschlägigen amerikanischen Fallpraxis vgl. Tolksdorf, Ruinöser Wettbewerb, S. 186 ff.; ders., WuW 1980, S. 799.

5) So Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 14 f. mit Bezug auf Kirzner.

wird nämlich zunächst nur festgestellt, daß es eigentlich nur einen Fall gibt, der als Monopol bezeichnet werden sollte: falls nämlich ein Unternehmen sämtliche Versorgungsquellen aufkauft, so daß kein Konkurrent das Produkt herstellen kann. Selbst für diesen seltenen Ausnahmefall des monopolistischen Ressourceneigentümers wird jedoch zu bedenken gegeben, ob der wettbewerbliche Charakter des Marktprozesses durch ihn negativ beeinträchtigt wird¹⁾. Diese Erwägung ist plausibel, wenn jedes unternehmerische Handeln als wettbewerblich definiert wird, und daher auch vom monopolistischen Ressourceneigentümer angenommen werden muß, daß er einst die Chance, Alleinanbieter zu werden, vor den Konkurrenten wahrgenommen hat²⁾.

cc) Keine Prärogative des Preiswettbewerbs

Der Abschied von den traditionellen volkswirtschaftlichen Lehrsätzen sowie die Gleichsetzung von Marktprozeß, jeglichem Unternehmerverhalten und Wettbewerb impliziert zugleich folgerichtig eine Absage an die weit verbreitete Ansicht von der Prärogative des Preiswettbewerbs. Die These, der Wettbewerb sei in einzelne Aktionsparameter zu zerlegen, insbesondere in Preis- und Nichtpreisparameter aufzuspalten, wobei dem Preiswettbewerb gegenüber dem Nichtpreiswettbewerb der Vorrang einzuräumen sei, wird als unbegründet verworfen; entweder handele es sich um ein persönliches, nicht nachprüfbares Werturteil

1) Vgl. Kirzner, Wettbewerb und Unternehmertum, S. 16 f., S. 83.

2) Vgl. hierzu Kirzner, ebenda, S. 87 ff. - Zum gleichen Ergebnis kommt Schmidtchen (Wettbewerbspolitik als Aufgabe, S. 197), wenn er schreibt, auch das Monopol und das Oligopol unterlägen einem anonymen Marktzwang. Widersprüchlich dazu heißt es einige Seiten zuvor (ebenda, S. 194, Anmerkung 234): "Kritisch wird es, wenn ohne willkürliche Beschränkungen der Aktionsfreiheit anderer die aus der Nutzung der Freiheit entspringenden Handlungen die Marktstruktur vom Polypol zum Oligopol oder gar Monopol (= Ausnahmebereich?) zu transformieren drohen. Ein Fall, der im Laufe der Marktphasen nicht ausgeschlossen werden kann". - Zur Kritik an der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit, die marktstrukturell bedingte Wettbewerbsbeschränkungen und verfestigte nichtwettbewerbliche Marktstrukturen ausblendet, vgl. Tolksdorf, WuW 1980, S. 800 ff.; ferner Gotthold, ZHR 145, S. 186 ff., S. 309 ff.

oder um einen normativ verfehlten Rückgriff auf gleichgewichtstheoretische Modelle der Preistheorie¹⁾.

Erfahrungswissenschaftlich, so wird argumentiert, besteht der Wettbewerb nicht aus einzelnen isolierten Aktionsparametern; er ist ein Komplex, der nur in einem "Gesamtbild" adäquat erfaßt werden kann²⁾. Daher erscheint auch eine Saldierung bestimmter Aktionsparameter, bei denen eine sehr hohe Wettbewerbsintensität besteht, mit wettbewerbsbeschränkenden Aktionsparametern als verfehlt. Wettbewerb besteht nicht zwischen Aktionsparametern, sondern zwischen Unternehmen, und das Ausmaß einer hohen Aktivität bei einigen Parametern (z.B. auf dem Forschungs-, Qualitäts- oder Werbeungssektor) belegt einen insgesamt intensiven Wettbewerb³⁾.

Zu berücksichtigen sind möglichst viele Parameter, und daher müssen Abstraktionen, die nur einige Parameter (z.B. den Preis, die Qualität) berücksichtigen, für die konkrete Marktanalyse untauglich sein⁴⁾.

Wettbewerbstheoretisch wird die These vom Vorrang des Preiswettbewerbs insbesondere für verfehlt gehalten, da sie - statischen Modellen entlehnt, in denen gegebene Märkte und gegebene Produkte und gegebenes Wissen vorausgesetzt werden, - den innovatorischen Wettbewerb mit neuen Produkten übersehe. Der prozessuale Monopolist, verfüge - im Gegensatz zum klassi-

1) Vgl. hierzu insbesondere Hoppmann, Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs, S. 6 ff.

2) Vgl. zum folgenden insbesondere Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 112 ff., ferner ders., Preiskontrolle und Als-Ob-Konzept, S. 19 ff. Die Ausführungen erfolgen in konkreter Auseinandersetzung mit dem BKartA, dem vorgeworfen wird, in den Arzneimittelfällen das Fehlen eines intensiven Preiswettbewerbs als Indiz für das Fehlen eines funktionsfähigen Wettbewerbs anzusehen, so daß auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zurückgeschlossen werden könne.

3) Vgl. Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht, S. 113.

4) Vgl. Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht, S. 115.

schen Cournot-Monopolisten - zwar über eine Innovationsmacht, nicht aber über eine Restriktionsmacht, die es ihm erlaube, das Angebot knapp zu halten, um eine unkontrollierte Preispolitik zu betreiben. Bei Einbeziehung des Forschungswettbewerbs sowie des Wettbewerbs mit neuen Produkten könne es prinzipiell keine Prärogative des Preiswettbewerbs geben. Der innovatorische Wettbewerb mit neuen Produkten könne überhaupt kein Preiswettbewerb sein; es bestünde die Essenz des technologischen Produktwettbewerbs doch gerade darin, kein Preiswettbewerb zu sein¹⁾.

Die vorstehende "Falsifikation" der These vom Vorrang des Preiswettbewerbs ist von Hoppmann in mehreren späteren Beiträgen ausformuliert und darüber hinaus auch modifiziert worden. Die Gedankengänge sollen im folgenden kritisch nachgezeichnet werden. Sie belegen einmal mehr, daß die Konzeption der Wettbewerbsfreiheit das Phänomen der ökonomischen Macht grundsätzlich negiert und insbesondere keine juristisch verwertbare Interpretationslinie für die Definition des wesentlichen Wettbewerbs offeriert.

c) Das Dilemma: Die Unterscheidung zwischen prozessualen Monopolisten und restriktiven Monopolisten

Der Wettbewerb zwischen Produkten vollzieht sich nach der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit im Zeitablauf. Für eine Analyse des Ausmaßes der Wettbewerbsintensität sowie des (eventuell auftretenden) Preiswettbewerbs wird daher eine zeitliche Marktabgrenzung unausweichlich. Gefragt wird nicht, ob zwischen den Produkten hic et nunc Preiswettbewerb vorliegt. Vielmehr vollzieht sich der Wettbewerb in der Weise, daß im zeitlichen Ablauf zunächst ein konkurrierendes, später dann mehrere kon-

1) Vgl. ebenda, S. 117 f. Des weiteren wird ebenda (S. 120) die Ansicht, gut eingeführte (bekannte) Märkte hätten eine Art Meinungsmonopol, das um so stärker ausgeprägt sei, je größer die Preisdifferenzen zwischen den "gut eingeführten" und "weniger bekannten" Marken seien, ebenfalls mit dem Hinweis auf die Defizite preistheoretischer Modellvorstellungen zurückgewiesen.

kurrierende Produkte am Markt erscheinen, so daß ein Preiswettbewerb möglich wird. Die zeitliche Abgrenzung des relevanten Marktes erlangt mithin eine überragende Bedeutung¹⁾. Damit wird hier das zentrale Problem der Unterscheidung zwischen erwünschter prozessualer (dynamischer) und unerwünschter restriktiver (permanenter) Leistungs-Marktmacht virulent.

In seiner 1974 erschienen Schrift "Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen"²⁾ weist Hoppmann nach, daß der prozessuale Monopolist während der Experimentier- und Expansionsphase, sprich: des Zeitraums der Produkteinführung, der Kriechung und starken Ausweitung der Nachfrage³⁾, keine restriktive Marktmacht hat, sondern als innovativer Wettbewerber anzusehen ist, der als Produktinnovator überhaupt keinen Preiswettbewerb betreiben kann⁴⁾.

Das Problem, wie der prozessuale Monopolist (Innovator) vom restriktiven Monopolisten zu unterscheiden ist, mit anderen Worten, wie kompetitive Macht von restriktiver Macht abzugrenzen ist, wird nur angedeutet, nicht aber präzisiert. Insoweit wird lediglich angedeutet, für das Entstehen innovatorischen Wettbewerbs sei es notwendig, eine Zeitperiode zwischen dem Verstoß des Innovators und der Nachfolge der imitierenden Konkurrenten zu veranschlagen, und für einen solchen time lag könne es rechtliche Gründe (etwa ein Patent) wie auch ökonomische und faktische Gründe geben, etwa die für eine Produktionsumstellung notwendige Zeit oder diejenige Zeit, die erforder-

1) Vgl. Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht, S. 33 f.

2) Die Arbeit ist erstellt worden im Auftrag des Bundesverbandes der pharmazeutigen Industrie.

3) Diese Kategorien sind der Marktphasentheorie von Heuss, Allgemeine Markttheorie, S. 25 ff. entnommen.

4) Vgl. Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht, S. 33 ff., S. 118.

licht ist, um aus einer Erfindung ein marktreifes Produkt zu machen¹⁾.

In seiner Abhandlung "Preiskontrolle und Als-Ob-Wettbewerb" aus demselben Jahr erbringt Hoppmann ebenfalls (lediglich) den erfahrungswissenschaftlichen Nachweis, daß während der Experimentierungs- und Expansionsphase eines (patentierten) Produktes das Fehlen von Preiswettbewerb die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht tangiert. Unter den eigentümlichen Bedingungen dieser Märkte (Marktphasen) sowie der Industrie (patentierte Produkte) sei ein Preiswettbewerb gar nicht möglich²⁾.

Bei genauer Lektüre wird freilich augenfällig, daß die marktphasenorientierte Zeiteinteilung tatsächlich aufgegeben wird. Erfolgt zunächst noch der ausdrückliche Hinweis, die Verhältnisse in den nachfolgenden und nicht weiter untersuchten Ausreifungs-, Sättigungs- und Rückbildungsphasen würden anders liegen, so wird postwendend festgehalten, der Übergang von einer Phase in die nächste Phase sei mit Sicherheit erst im nachhinein festzustellen, ex ante handle es sich um unsichere Zukunftserwartungen. Und daraus wird generell konkludiert: "Innovatorischer Produktwettbewerb und Preiswettbewerb treten unter unterschiedlichen Umständen in unterschiedlichem Ausmaß auf, und es ist nicht möglich, von der Vorherrschaft des einen oder anderen darauf zu schließen, daß 'der' Wettbewerb beschränkt sei, oder daß das Unternehmen ein entsprechendes Ausmaß an restriktiver Marktmacht habe"³⁾.

1) Vgl. ebenda, S. 34. In der Fußnote 32 wird lediglich notiert, die durchschnittliche Innovationsperiode werde von der Wissenschaft teilweise mit 4 bis 7 Jahren, teilweise mit 7 oder mit 5 bis 10 Jahre veranschlagt. Andererseits deutet Hoppmann (vgl. ebenda, S. 33) jedoch bereits an, daß er hinsichtlich der Fristigkeit eine langfristige Perspektive favorisiert. Zwar läßt er die Frage unbeantwortet, ob die Zeiteinteilung der britischen Monopolkommission, die (bei Arzneimitteln) den zeitlich relevanten Markt durch die Patentlaufzeit oder durch den jeweiligen Produktzyklus bestimmt, als adäquate Zeitdimension gelten kann, vermerkt jedoch im gleichen Atemzug, daß die zeitlich begrenzte Situation "unter Umständen viele Jahre betragen" kann.

2) Vgl. Preiskontrolle und Als-Ob-Wettbewerb, S. 22 ff.

3) Ebenda, S. 29, Fn. 45.

Diese resümierende Schlußfolgerung bringt mit einer gewissen Stringenz das methodische Dilemma der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit auf den Punkt.

Akzeptiert man das marktwirtschaftliche Anreizsystem, so müssen auch das Phänomen der Leistungs-Marktmacht und die sich daraus ergebenden Vorteile akzeptiert werden. Damit stellt sich das Problem, daß in der Folgezeit der prozessuale Monopolist zum restriktiven Monopolisten wird. Hier ist die Konzeption der Wettbewerbsfreiheit aufgefordert, zwischen prozessual-dynamischer und restriktiv-permanenter Leistungs-Marktmacht zu unterscheiden.

Methodisch zugleich zu bedenken ist jedoch, daß der Wettbewerb ein "Entdeckungsverfahren" ist. Daher kann der konkrete Wettbewerbsprozeß nicht simuliert werden, und daher muß auch der Zeitpunkt des Übergangs der prozessualen Marktmacht in restriktive Marktmacht unbekannt sein¹⁾.

-
- 1) Neumann (Historische Entwicklung und heutiger Stand der Wettbewerbstheorie, S. 237) macht das Erkenntnisdilemma an folgendem Beispiel deutlich: Bei der Eisenbahn setzte erst nach fast einem halben Jahrhundert die Substitutionskonkurrenz durch Fahrzeuge - und erst noch wesentlich später durch Flugzeuge - ein. Zweifellos hatte die Eisenbahn eine "permanente Machtposition" für viele Jahrzehnte; "permanent" kann nicht gleichbedeutend sein mit "ewig"; denn diese Kategorie scheidet als relevanter zeitlicher Bezugsmaßstab für wirtschaftliche Machtpositionen und darüber hinaus für die Menschheitsgeschichte schlechthin aus. - Seitens des BKartA (vgl. Schmidt, Die Bedeutung des Preiswettbewerbs im Begriff des wesentlichen Wettbewerbs im Sinne von § 22, S. 310; ferner I. Schmidt, JbNSt, S. 67 ff., S. 78) wurde Hoppmann "Halbierung" der dynamischen Wettbewerbstheorie, die nur den vorstehenden Wettbewerb berücksichtige, den imitatorischen Wettbewerb hingegen unberücksichtigt lasse, vorgehalten. Diese Kritik ist nicht ganz zutreffend: Hoppmann hat, wie dargelegt, bereits frühzeitig die zeitliche Marktabgrenzung in Gestalt der Unterscheidung zwischen den einzelnen Marktphasen aufgegeben. - Ergänzend sei darauf verwiesen, daß Heuss (vgl. Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik des Oligopols, S. 315 ff.), auf den sich Hoppmann hinsichtlich der Marktphaseneinteilung vormals berufen hat, die Ausreifungs- und Stagnationsphase (im Oligopol) ausgesprochen negativ sieht; in Stichworten: Unattraktivität von Preisensenkungen angesichts der zirkulären Interdependenz in Oligopol, Gefahr monopolistischer Preisbildung; übermäßige Werbung und Inflationierung der Produktdifferenzierung etc.

In der Schrift "Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs" aus dem Jahre 1978 akzentuiert Hoppmann seine wettbewerbstheoretischen Vorstellungen im Sinne einer (prozessualen) Koordinationstheorie. Der Wettbewerb wird nunmehr als ein Prozeß von Handlungsabläufen gesehen, in dem die Unternehmen aufgrund ihrer Findigkeit den anderen Marktteilnehmern jeweils "bessere Gelegenheiten" (z.B. in qualitativer, preislicher Hinsicht) bieten. Solange unternehmerische Findigkeit danach strebt, den Nachfragern bzw. Anbietern solche "besseren Gelegenheiten" zu bieten, wird der Wettbewerb für wirksam gehalten¹⁾.

Bei der Frage, wie die Koordinationsleistung des Marktprozesses konkret zu bestimmen ist, ergibt sich ebenfalls das Problem, welcher Zeitpunkt einer normativen (wertenden) Beurteilung zugrunde gelegt werden soll²⁾. In eindeutiger Favorisierung einer langfristigen Betrachtungsweise soll für die Preisbildung auf Innovations- und Imitationsmärkten schlechthin gelten: Eine "Verbesserung der Gelegenheiten" besteht nicht notwendigerweise aus einer Preissenkung und ist mit ihr auch nicht verknüpft. Auch bei steigenden Preisen ist der Wettbewerb wirksam, und auch bei langfristiger Preiskonstanz bieten die wettbewerblichen Kräfte "bessere Gelegenheiten". Einmal mehr wird zur Beurteilung der Wirksamkeit des Wettbewerbs eine isolierte Beurteilung des Preisverlaufs am Markt sowie des Preisverhaltens der Marktteilnehmer für gänzlich ungeeignet gehalten³⁾.

1) Vgl. ebenda, S. 15 ff. Selbstredend kann der Wettbewerbsprozeß nach Hoppmann durch eine "Beschränkung des Zugangs zu den Ressourcen" beeinträchtigt werden. Diese Form der Wettbewerbsbeschränkung ist jedoch dem Gedankengut von Kirzner (Wettbewerb und Unternehmertum) entlehnt; auf die Inhaltsleere dieser Kategorie wurde bereits (oben S. 161) hingewiesen.

2) Vgl. ebenda, S. 16 ff.

3) Vgl. ebenda, S. 25 ff., insbesondere S. 33 ff. - Die Ausführungen von Hoppmann beziehen sich zwar explizit nur auf typische Marktprozesse bei Arzneimitteln; die Aussagen sind jedoch ohne weiteres generalisierungsfähig. Zur Untauglichkeit der Kriterien "Preisunelastizität der Nachfrage" sowie "Handlungsspielraum in Form einer Preisbestimmung" als Indikatoren restriktiver Marktmacht vgl. ferner Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 16 ff.

d) Verlangung des gesetzgeberischen Willens: Normadressaten sowie Schutzzweck der Mißbrauchsaufsicht

Die Konzeption der Wettbewerbsfreiheit stellt das kodifizierte Kartellrecht, insbesondere die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, offen und prinzipiell als "systemwidrig" ("dysfunktional") in Frage¹⁾. Einzelne Aussagen sind freilich auch als de lege lata verwertbare Interpretationsrichtlinien für das geschriebene Kartellrecht formuliert. So auch die These, daß der Wettbewerb nicht aus einzelnen isolierten Aktionsparametern besteht, vielmehr als ein komplexes Phänomen zu verstehen ist, das adäquat nur in einem "Gesamtbild" erfaßt werden kann. Wenngleich Hoppmann diese These lediglich als erfahrungswissenschaftliche Aussage verstanden wissen will und betont, von dieser nomologischen Komponente sei zu scheiden die (normative) Frage, bei welcher Intensität der als Gesamtbild festgestellte Wettbewerb noch als "wesentlich" i.S. von § 22 GWB anzusehen sei²⁾, so läuft seine Gesamtbild-Methode doch auf eine Festschreibung der Mosaiktheorie hinaus; genauer: Die Mosaiktheorie, die von der Judikatur im Hinblick auf die Mißbrauchskontrolle (oligopolistischer) Rabattkartelle gemäß § 3, 12 GWB entwickelt worden ist, soll angesichts der Notwendigkeit einer gleichartigen (erfahrungswissenschaftlichen) Methode auch für den Marktbeherrschungstatbestand gelten³⁾.

Mit solcher Argumentation setzt sich Hoppman in Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen. Bekanntlich war es eines

1) Vgl. dazu unten S. 173.

2) Vgl. insbesondere, Preiskontrolle und Als-Ob-Konzept, S. 19 ff.

3) Einmal mehr bestätigt sich, daß die Befürchtung des Bundeskartellamtes bezüglich einer Übertragung der Mosaiktheorie auf § 22 GWB (TB 1970, BT-Drucksache VI/2380, S. 11) nicht unbegründet war. Zur Transformation der Mosaiktheorie auf § 22 vgl. bereits Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 41 ff.; ebenda (S. 45) wird auch deutlich, daß die getroffene Unterscheidung zwischen (wirtschaftswissenschaftlicher) Erfahrungsregel und (juristischer) Wertentscheidung nicht zwei isoliert nebeneinander stehende Problemdimensionen anspricht.

der Hauptanliegen des 1973 neu eingefügten Tatbestandes der überragenden Marktstellung (Abs. 1 Nr. 2), die mit der Mosaiktheorie verbundene weitgehende Ineffektivität einer kartellbehördlichen Mißbrauchskontrolle zu überwinden:¹⁾

Zwar belegt die Entstehungsgeschichte nicht die Annahme, der Gesetzgeber habe die wettbewerbsorientierte Sicht völlig aufgegeben und alle marktstarken Unternehmen - ungeachtet ihrer konkreten Wettbewerbssituation - unter eine Mißbrauchsaufsicht stellen wollen²⁾. Insoweit ist es notwendig, den gesamten prozessualen Ablauf sowie alle Aktionsparameter zum Gegenstand der Beurteilung zu machen. Verliert ein Unternehmen ständig an Marktanteilen, weil Wettbewerber mit (erheblich) niedrigeren Preisen auf dem Markt auftreten, so kann im Rahmen der abschließenden Gesamtbetrachtungsweise, insbesondere auch einer Berücksichtigung der auf dem relevanten Markt herrschenden Wettbewerbsverhältnisse, letztlich eine überragende Marktstellung verneint werden³⁾.

Andererseits ist der gesetzgeberische Wille insoweit eindeutig, als sich eine überragende Marktstellung eines Unternehmens gleichermaßen in seiner überragenden Möglichkeit zur Entwicklung unterschiedlicher Marktstrategien wie in seinem Verhaltensspielraum beim Einsatz einzelner Aktionsparameter manifestieren kann. Ein überragender Verhaltensspielraum bei der Entwicklung von Marktstrategien kann u.a. darin bestehen, daß ein Unternehmen - im Gegensatz zu seinen Konkurrenten - auf den Einsatz der Aktionsparameter Preis oder Qualität nicht angewiesen ist, sondern aufgrund seiner Finanzkraft zusätzliche Strategien einsetzen kann (etwa durch Werbekampagnen, Vertriebsbindungen oder die Ausgestaltung von Rechtskonditionen), um seine Unternehmensziele zu realisieren. Auf einen überragenden Verhaltensspielraum bei einzelnen Aktionsparametern deutet es ferner hin, "wenn ein Unternehmen die Preise erhöhen kann,

1) Vgl. oben S. 60 ff.

2) Vgl. oben S. 61.

3) So der BGH im "Vitamin-B-12-Beschluß" vom 3.7.1976, BB 1976, S. 1238, 1239.

ohne Gefahr zu laufen, in seiner Marktstellung wesentlich beeinträchtigt zu werden¹⁾. Des weiteren ist es trotz der notwendigen Gesamtbewertung nicht erforderlich, daß alle fünf Marktmachtkriterien (Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtung mit anderen Unternehmen, Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen) kumulativ erfüllt sind; es genügt, wenn ein Merkmal die Stellung eines Unternehmens prägt²⁾. So kann eine überragende Marktstellung vorliegen, wenn ein (insbesondere hinsichtlich des wertmäßigen Marktanteils) stark dominierendes Unternehmen keinem Preiswettbewerb ausgesetzt ist, weil sich die Konkurrenten auf seine Preispolitik als Leitlinie einstellen und lediglich durch nichtpreisliche Aktionsparameter (z.B. durch Werbung, durch Produktinnovationen) versuchen, Marktanteile zu gewinnen³⁾.

Diese spätestens mit der Novellierung von 1973 eröffnete Möglichkeit, im Einzelfall auch gegen ein Unternehmen, das lediglich den Preisparameter tabuisiert, vorzugehen, wird durch die Gesamtbild-Methode von Hoppmann verkannt; es wird so getan, als ob die Novellierung gar nicht erfolgt sei, der Wille des Gesetzgebers, der gerade dahin ging, eine restriktive Auslegung

1) Vgl. Regierungsbegründung zur 2. Kartellrechtsnovelle, BT-Drucksache VI/2520, S. 21 ff. (22).

2) Vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucksache VII/765 zu § 22.

3) Nach dem Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages ist freilich eine überragende Marktstellung im Zweifel zu verneinen, wenn der Vorsprung eines Unternehmens lediglich vorübergehender Natur ist und die für wettbewerbliche Marktprozesse notwendige Chance zu einem Wechsel in der Führungsrolle besteht; der "prozessuale" Monopolist soll mithin nicht erfaßt werden, wohl aber der "restriktive" Monopolist, der nicht nur einen temporären Vorsprung hat, sondern über längere Zeit hinweg den Markt beherrscht, ohne daß sich alsbald eine durchgreifende Änderung abzeichnet (vgl. ebenda). Bei der Unterscheidung zwischen temporärem und dauerhaftem Vorsprung handelt es sich um Wert- und Gradfragen, die von den Kartellbehörden letztlich dezisionistisch zu beantworten sind. - Zur Unterscheidung zwischen dem "prozessualen" Monopolisten und dem "klassischen" Marktbeherrscher vgl. auch die Ausführungen in der Regierungsbegründung, BT-Drucksache, VI/2520, S. 20.

zu überwinden, wird nicht zur Kenntnis genommen¹⁾.

Der Gesamtbild-Methode von Hoppmann kann ferner nicht gefolgt werden, weil sie vom Schutzzweck des Marktbeherrschungstatbestandes keinerlei Notiz nimmt. Die Mißbrauchsaufsicht will u.a. Angehörige der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufe in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit vor der Machtausübung eines marktbeherrschenden Unternehmens schützen, und diese Zielrichtung schließt Marktergebnis-Kontrollen in Gestalt von Preiskontrollen ein²⁾. Dieser Schutz wird unerreichbar, wenn bereits bei der Bestimmung der Normadressaten des § 22 die Bedeutung des Preisparameters grundsätzlich heruntergespielt wird. Der Einsatz nichtpreislicher Aktionsparameter, sei es in Gestalt eines Werbungs-, Informations- oder Produktwettbewerb, vermag die Gegenseite nicht vor überhöhten Preisen zu schützen. Im Gegenteil: die Instrumentalisierung bestimmter nichtpreislicher Parameter kann preiserhöhende Tendenzen haben. So kann beispielsweise der Werbungswettbewerb insbesondere dann, wenn er in rein "suggestiver" ("übersteigert") Form ausgetragen wird, die Möglichkeit eröffnen, die Werbeaufwendungen auf die Preise zu überwälzen, ohne daß die Preisbildung selbst in irgendeiner Weise kontrolliert wird. Ähnlich wie der Werbungswettbewerb kann auch der Produktwettbewerb - bei Fehlen wirksamen Preiswettbewerbs sowie bei nicht

1) Zu erwägen ist ferner, ob bei Tabuisierung des Preiswettbewerbs im Einzelfall nicht sogar eine marktbeherrschende Stellung i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 1 zweite Alternative vorliegt, weil der auf den Einsatz von Nichtpreisparametern beschränkte Wettbewerb nach außen nicht als leistungsorientiert und "wesentlich" im Sinne dieser Bestimmung zu interpretieren ist. Für eine solche Auslegung spricht der Zweck des GWB, das durch Wettbewerb die bestmögliche Versorgung der Verbraucher anstrebt. Diese Zielsetzung kann verfehlt werden, wenn sich die Unternehmen darauf beschränken, nichtpreisliche Aktionsparameter einzusetzen. Zwar wird es auch hier zu Marktanteilsverschiebungen kommen; diese können jedoch nicht genügen, um das Vorliegen wesentlichen Wettbewerbs zu bejahen. Das Fehlen von Preisreaktionen der Konkurrenten selbst bei Verlust von Marktanteilen kann vielmehr ein hinreichender "Beweis" dafür sein, daß ein Unternehmen nicht in vollem Umfang einem funktionsfähigen Wettbewerb ausgesetzt ist (so z.B. die Argumentation des KG vom 5.1.1976 im "Valium-Librium-Beschluß", WuW/E OLG 1646, 1650 f.).

2) Vgl. oben S. 87.

hinreichender Markttransparenz - eine zusätzliche preiserhöhende Wirkung haben. In Verbindung vornehmlich mit umfangreicher Werbung können Preise für lediglich äußerlich heterogenisierte "neue" Produkte erzielt werden, die wesentlich über den Preisen der bereits vorhandenen Produkte liegen. Eine Fehlallokation der Forschungsressourcen ist nicht auszuschließen; das Forschungsinteresse droht sich auf die Entwicklung nur marginal veränderter "neuer" Produkte zu verlagern.

Diese Schutzzweck-Problematik wird insbesondere verkannt, wenn die Gesamtbild-Methode auf den Oligopolstatbestand angewandt wird. Wird das Vorliegen eines wesentlichen Binnenwettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 grundsätzlich durch den "Nachweis einer intensiven innovatorischen Aktivität bezüglich neuer Produkte und neuer Qualität, durch den Nachweis einer großen Wettbewerbsintensität bei anderen Aktionsparametern und durch den Nachweis des Vorhandenseins weiterer, nicht berücksichtigter Aktionsparameter (z.B. Investitionen, Produktionsprogramm, Information)" falsifiziert¹⁾, so ist der gesetzliche Oligopolstatbestand augenscheinlich toter Buchstabe; denn irgendwelche Konkurrenzbeziehungen, und sei es nur in Gestalt unterschiedlicher Investitionen oder inhaltlich nicht näher hinterfragter Produktionsprogramme oder "Informationen" (einschl. "suggestiver" (= nichtinformativer) Werbeaussagen), werden sich auch zwischen Oligopolisten regelmäßig benennen lassen. Auch Oligopole konkurrieren miteinander und versuchen, den Mitbewerbern Marktanteile streitig zu machen. Interne Marktanteilsveränderungen vermögen auf Oligopolmärkten die Marktgegenseite indes insbesondere deshalb nicht vor überhöhten Preisen und Konditionen zu schützen, weil jedes Unternehmen genau weiß, es es mit Preissenkungen nur seine eigene Erlössituation verschlechtert, aber keine nennenswerten Marktanteile gewinnen kann, welche die Erlösverschlechterung kompensieren²⁾.

1) So Hoppmann in: Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 119; diese unmittelbar auf das Einzelunternehmen bezogene Falsifikationsthese gilt (vgl. insbesondere ebenda, S. 22, Fn. 3) auch für das marktbeherrschende Oligopol.

2) Zum Vorwurf, die Konzeption der Wettbewerbsfreiheit verkenne - nicht zuletzt dank ihres ausgeprägten Unwerturteils über die Marktergebnis-Kontrolle - den Schutzzweck des Marktbeherrschungstatbestandes, vgl. auch Gotthold, WRP 1975, S. 93 ff.; I. Schmidt, JbNST 190, S. 67 ff.

e) Zur "Systemwidrigkeit" der Mißbrauchsaufsicht und zur inhaltssleeren "systemkonformen Alternative"

Eine Theorie, die den Wettbewerb als einen gesamtwirtschaftlichen Prozeß begreift, aus dessen Vollzug sich die Aufteilung der Volkswirtschaft in Einzelmärkte in mehr oder minder ständiger Veränderung ergibt, und die zudem infolge ihrer langfristigen Betrachtungsweise die Kategorie der ökonomischen Macht eliminiert, wendet sich nicht nur gegen die überkommenen (ordoliberalen und funktionalistischen) Aussagen der konkurrierenden Theorieansätze. Sie ist zugleich mit einer grundsätzlichen Kritik an der praktischen Wettbewerbspolitik verbunden. In Abkehr von der weitgehend konsentierten Ansicht, daß die Hauptaufgabe des Wettbewerbsrechts in der Kontrolle privater ökonomischer Macht besteht, wird den Staatsorganen vorgehalten, sie säßen dem Irrglauben auf, mit einem lückenlos ausgestalteten Antimonopolrecht das Marktsystem und mithin die freiheitliche Staatsordnung retten zu können. Realiter bilde eine solche "konstruktivistisch-rationalistische" Einstellung indes das Einfallstor eines dirigistischen, freiheitsbedrohenden Totalstaates¹⁾.

Auf dieser Linie liegt es, wenn die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen als ein "Instrument interventionistisch-disfunktionaler Wirtschaftspolitik"²⁾ bezeichnet wird. Dieser Vorwurf der Transformation der Marktwirtschaft in ein System behördlicher Steuerung wird zwar ausdrücklich nur auf die Mißbrauchsaufsicht in Gestalt des Ausbeutungs-, insbesondere des Preismißbrauchs formuliert. Er gilt jedoch ebenso

1) Vgl. Hoppmann, Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, S. 5. - Immer wieder wird hervorgehoben, daß die gravierendsten Wettbewerbsbeschränkungen regelmäßig staatlichen Ursprungs seien, und die wichtigste Möglichkeit, das Machtproblem zu lösen, wird in einem Unterlassen staatlicher Maßnahmen zur Wettbewerbsverhinderung erblickt (vgl. z.B. Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 18).

2) Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 18.

für den sog. Behinderungsmissbrauch; denn die Kritik richtet sich grundsätzlich gegen die gesetzliche Konstruktion des § 22 mit seinen dreifachen Subsumtionsstufen (Feststellung des relevanten Marktes, einer marktbeherrschenden Stellung sowie einer missbräuchlichen Ausnutzung). Folgt man den Vertretern der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit, so lassen sich diese drei Tatbestandsmerkmale im Einzelfall nicht rekonstruieren. Die Feststellung des relevanten Marktes scheitert daran, daß nur das ganze Marktsystem als einheitlicher Markt funktioniert¹⁾. Wenn das Marktsystem als einheitlicher Markt zu betrachten ist, kann es auch keinen Zustand geben, in dem "wesentlicher Wettbewerb" fehlt, und da zudem die Kategorie der ökonomischen Macht eliminiert ist, kann eine marktbeherrschende Stellung auch nicht sinnvoll definiert werden²⁾. Schließlich werden die traditionellen Methoden zur Feststellung eines Machtmissbrauchs verworfen, da es keine erfahrungswissenschaftliche Theorien gibt, die eine Rekonstruktion des Als-Ob-Wettbewerbs zuläßt²⁾.

Der in solcher Weise destruierten Regelung des § 22 GWB stellt Hoppmann ein generelles (per-se) Monopolisierungsverbot als systemkonforme Alternative gegenüber³⁾. Auf der Suche nach einer Konkretisierung dieses Monopolisierungsverbots, insbesondere nach einer Umschreibung der Normadressaten, geht der Leser jedoch leer aus. Eine Spezifikation erfolgt nur insofern, als "alle diskriminierenden Praktiken oder gezielten Aktionen, die aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern ein bestimmtes Marktverhalten aufzwingen", als 'monopolisierendes Verhalten' illegal sein sollen⁴⁾. Durch eine solche Umschreibung wird das

1) Vgl. die Nachweise oben S. 159.

2) Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 50 ff.; ders., Preiskontrolle und Als-Ob-Konzept, S. 30 ff.; ders., Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs, S. 37 ff. Insbesondere Gotthold hat sich mit diesen Kritikpunkten in zahlreichen Arbeiten auseinandergesetzt, auf die hier verwiesen wird; vgl. z.B. Gotthold, WRP 1975, S. 93 ff.

3) Vgl. Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 26 ff.

4) Ebenda, S. 26.

Monopolisierungsverbot jedoch nicht präzisiert. Und eine positive Umschreibung wird auch nicht durch den ergänzenden Hinweis gegeben, mit den diskriminierenden Praktiken sei kein allgemeines Diskriminierungsverbot gemeint¹⁾. Da sich die konkreten Marktabläufe eines "freien" Wettbewerbs nicht prognostizieren lassen, wird der Wissenschaft grundsätzlich die Kompetenz abgesprochen, einen vollständigen und konsistenten Katalog von Monopolisierungspraktiken zu liefern²⁾. Vielmehr wird der Gesetzgebung, insbesondere den Kartellbehörden und der Judikatur, die Aufgabe zugewiesen, "im Laufe eines historischen Prozesses durch Versuch und Irrtum" die adäquaten Regeln zu entdecken³⁾.

Der "Fortschritt" der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit, so kann wohlwollend bilanziert werden, liegt im Negativen und zeigt die Grenzen des Erkennbaren auf⁴⁾. Dank ihrer methodischen Grundannahmen kann sie freilich die in Aussicht gestellten allgemeinen (per-se) Regeln inhaltlich nicht präzisieren. Wettbewerbspolitisch läuft die Konzeption weitgehend auf eine laissez-faire-Politik hinaus, und für die praktische Wettbewerbspolitik ist sie wenig hilfreich⁵⁾.

1) Vgl. Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 27 Fn. 48.

2) Vgl. ebenda, S. 29.

3) Vgl. ebenda. - Zur zutreffenden Kritik daran, daß es der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit nicht gelungen ist, für ein Monopolisierungsverbot konkretisierende per-se-Regeln zu entwickeln, vgl. insbesondere Gotthold, ZHR, S. 286 ff. (321 ff.); ebenda (S. 326 ff.) findet sich auch der Nachweis, daß die "systemkonformen Alternativen" der Fusionskontrolle sowie der Entflechtung inhaltlich substanzlos sind und daher keine tauglichen Kriterien für die praktische Wettbewerbspolitik bilden können.

4) So Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 47.

5) Zum Vorwurf der fast völligen wettbewerbspolitischen Enthaltsamkeit vgl. insbesondere Gotthold, ZHR 145, S. 286 ff. (320 ff.). - Möschel (ZHR 145, S. 590 ff. (596)) hält den Vorwurf des laissez-faire für überzogen und attestiert der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit eine in historischer und rechtsvergleichender Perspektive einmalige Stringenz. Freilich muß er auch einräumen, daß konkretisierende per-se-Regeln weder im deutschen noch im US-amerikanischen Wettbewerbsrecht entwickelt worden sind.

Zur theoretischen Rechtfertigung kann zwar darauf verwiesen werden, der tiefere Grund liege in der wettbewerblichen Ambivalenz unternehmerischen Handelns: dieses können sowohl wettbewerbsbeschränkend wie - insbesondere in langfristiger Perspektive - wettbewerbsfördernd sein; von freiheitsorientierten Prämissen ausgehend habe die Freiheit nun einmal ihren Preis. Mit solchen theoretischen Legitimationsmustern ist jedoch jenen Marktteilnehmern, die von unmittelbarer ökonomischer Macht betroffen werden, wenig gedient. Insbesondere den Kartellbehörden, die auf den Vollzug der Kartellrechtsbestimmungen verpflichtet sind, ist es untersagt, auf langfristige ökonomische Effizienzvorstellungen sowie langfristig wirksame gesellschaftliche Selbstregulierungsprozesse zu setzen. Sie sind darauf verpflichtet, die Wettbewerbsfreiheit hic et nunc zu schützen, selbst auf die Gefahr hin, daß die konkrete Intervention möglicherweise in langfristiger Perspektive zu wettbewerblichen Friktionen führen wird.

1) So einmal mehr die wohlwollende Beurteilung von Möschel (vgl. ZHR 145, S. 597) in der Auseinandersetzung mit Gotthold.

3. Kapitel: Die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs durch
die Rechtsanwendungsorgane

I. Verlautbarungen und Entscheidungen bis zu Beginn der 70er-
Jahre

1. Der kartellamtliche Rückschluß von schlechten Marktergebnis-
sen auf das Vorliegen einer Marktbeherrschung

a) Die ersten einschlägigen Bekundungen

Durchforstet man die Verlautbarungen und Entscheidungen der Rechtsanwendungsorgane (BKartA, KG, BGH) im Hinblick auf den vorliegenden Erkenntnisgegenstand (Prärogative des Preiswettbewerbs, Saldierungsmöglichkeit einzelner Parameter etc.) und beschränkt sein Augenmerk zunächst nur auf die unmittelbar zu § 22 publizierten Ansichten, so geht man bis um die Mitte der 60er Jahre weitgehend leer aus. Soweit Verfahren wegen eines Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eingeleitet oder in Erwägung gezogen wurden, betrafen diese vornehmlich Monopole der öffentlichen Hand (z.B. Energieversorgungsunternehmen), private Monopole auf gesetzlicher Vorschrift (z.B. Molkereien in ihren Lieferbezirken) sowie lokale Monopolunternehmen¹⁾. Die für entwickelte Industriegesellschaften repräsentativen (privaten) Großbetriebe, insbesondere die sich in der Bundesrepublik herausbildenden Oligopolunternehmen, rückten nur gelegentlich ins Blickfeld, und regelmäßig wurde bereits das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung verneint:

So ging das Kartellamt anlässlich der Preiserhöhung eines Kraftfahrzeugherstellers im Jahre 1962 einem Mißbrauchsverdacht nach. Die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Personenkraftwagen der Mittelklasse ergab eine erhebliche Marktanteilsverschiebung innerhalb der letzten Jahre sowie eine einsetzende Modellpolitik zu einer zunehmenden Zahl von Anbietern; infolgedessen wurde wesentlicher Wettbewerb bejaht²⁾. Mitte der 60er Jahre fiel das Augenmerk vorübergehend auf die oligopolistischen Märkte für Zigaretten und Waschmittel, auf

1) Vgl. den Überblick über die Kartellamtspraxis bei Benisch, DB 1972, S. 173 ff. (175).

2) Vgl. TB 1964, S. 24.

denen nach amtlicher Ansicht Preiswettbewerb fehlte und der Kampf um Marktanteile (angesichts der kaum noch möglichen Produktdifferenzierung) weitgehend durch "Suggestivwerbung" ausgetragen wurde. Aufgrund der Überlegung, daß bei einer Preisbindung der Konsument nahezu die vollen Kosten der "übersteigerten Werbung" zu tragen hatte, erschienen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Preisbindung (§ 16 a.F. GWB "Preiswettbewerb") zweifelhaft. Zugleich wurde erwogen, ob nicht bei übermäßigem Werbeaufwand und ausschließlicher Suggestivwerbung, die für den Konsumenten keine Vorteile bringt, ein Machtmißbrauch zu bejahen ist¹⁾.

In jene Zeit fällt schließlich eine Untersuchung gegen die Mineralölgesellschaften wegen räumlicher Produktdifferenzierung: Im Laufe der Preisbewegungen in der zweiten August-Hälfte 1966 waren beträchtliche regionale Preisunterschiede entstanden, die sich weder durch Kostenunterschiede noch durch unterschiedliche Transportleistungen erklären ließen. Daher wurde den Fragen nachgegangen, ob zwischen den Anbietern von Markenbenzin wesentlicher Wettbewerb bestand und ob die Anbieter in ihrer Gesamtheit in den Hochpreisregionen einem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt waren (§ 22 Abs. 2). Das Ausmaß der Preisdifferenzen zwischen Hoch- und Niedrigpreisen begründete den Verdacht, daß die Markenhersteller ihr Benzin nur in bestimmten Gebieten zu Wettbewerbspreisen offerierten und im übrigen überhöhte Preise forderten; eine solche Preisspaltung wurde für mißbräuchlich gehalten²⁾. Letztlich ließen die auf einigen regionalen Teilmärkten durchgeführten Untersuchungen jedoch den Nachweis einer oligopolistischen Marktbeherrschung insbesondere mit Rücksicht auf die weitere Verbreitung freier Tankstellen sowie den Einfluß entfernt liegender Tankstellen mit erheblich niedrigeren Preisen nicht zu³⁾.

1) Vgl. TB 1966, S. 11.

2) Vgl. TB 1966, S. 10, 23 f.

3) Über die auch in ländlichen Gegenden nicht geringe Zahl der Nah- und Fernpendler, die in hohem Maße Kraftfahrzeuge für die Fahrt zur Arbeitsstelle benutzten, bestand eine Verbindung zu den anderen Gebieten mit niedrigeren Treibstoffpreisen, so daß auch in den Regionen mit höheren Tankstellenpreisen der Preiswettbewerb nicht ausgeschlossen war. Daher wurde das Verfahren eingestellt (vgl. TB 1968, S. 36).

Mögen diese ersten Verfahren auch nicht über das Stadium von Andeutungen hinausgegangen sein, so zeichnete sich doch bereits ab, daß das Kartellamt bei der Bestimmung der Wesentlichkeit des Wettbewerbs sowie des mißbräuchlichen Verhaltens einen bestimmten Weg einschlagen würde: Bei der Analyse oligopolistischer Märkte (mit homogenen Gütern) wurde oftmals der Werbungswettbewerb, der weder über das Warenangebot informierte noch zur Markttransparenz beitrug, als letztes Konkurrenzmittel eingesetzt. Würde man nun die Wesentlichkeit des Wettbewerbs ausschließlich anhand der Marktstruktur sowie der Marktverhaltensweise beurteilen, so war grundsätzlich wesentlicher Wettbewerb zu bejahen. Beurteilte man hingegen ein solches Wettbewerbsgeschehen nach den Marktergebnis- oder Marktleistungstests, so konnte der (nicht-informative) Werbungswettbewerb als unwesentlich qualifiziert werden¹⁾.

b) Benzinpreis-Verfahren im Gefolge der Nahost-Krise 1967

Die beiden mit solchen Erwägungen angedeuteten Verknüpfungen von Marktergebnis und Wettbewerbsintensität (Marktbeherrschung) wurde erstmalig praktiziert in dem 1967 gegen die vier vertikal integrierten internationalen Mineralölkonzerne BP, DEA, Exxon und Shell eingeleiteten Verfahren, als auf dem deutschen Benzinmarkt die anlässlich der Suez-Krise von 1967 gestiegenen Preise trotz Normalisierung der Versorgungslage nicht wieder sanken. Verglichen mit den Preiserhöhungen für Mineralölprodukte in den anderen europäischen Ländern waren die Preissteigerungen in der Bundesrepublik relativ hoch ausgefallen.

Das Kartellamt qualifizierte die vier Unternehmen als marktbeherrschendes Oligopol gem. § 22 Abs. 2, wobei es sich

1) Vgl. TB 1966, S. 10.

bezüglich des Binnenwettbewerbs von folgenden Überlegungen leiten ließ¹⁾:

Die hohe Produkthomogenität und Markttransparenz sowie die Preisanpassungsgeschwindigkeit implizieren eine starke Tendenz zum friedlichen Parallelverhalten bezüglich der Preispolitik. Ferner reduziert die temporäre Angebotsverknappung den Anreiz zu Wettbewerbsvorstößen. Ein Qualitätswettbewerb besteht angesichts der Produkthomogenität nicht; dafür spricht nicht zuletzt der Austausch großer Mengen von Benzin der Ölgesellschaften untereinander. Zweifellos sind auf dem Markt für Vergaserkraftstoffe bestimmte Wettbewerbsformen zu beobachten (z.B. Service-, Rabatt-, Qualitäts- und Investitionswettbewerb). Diese Erscheinungsformen wirken jedoch, "soweit sie für die Wesentlichkeit des Wettbewerbs nach § 22 überhaupt von Bedeutung sind, im Unterschied zum Preiswettbewerb erst auf längere Sicht und sind demnach nicht geeignet, derartig starke Erhöhungen der Preise innerhalb angemessener Zeit wieder abzubauen"²⁾.

Demgemäß wurde als Beleg für das Vorliegen einer unzureichenden Wettbewerbsintensität (hilfsweise) auf die schlechten Marktergebnisse verwiesen. Da trotz verbesserter Kostensituation die - unter Hinweis auf die gestiegenen Kosten - Preise nicht wieder gesenkt worden waren, wurde die Existenz kollekti-

1) Die Marktanteile lagen bei 17%, 14%, 11% und 10%. Bedeutsamster Außenseiter war Aral, eine reine Verkaufsgesellschaft ohne eigene Erdölvorkommen und Raffinerien (fehlender internationaler Verbund) mit einem Marktanteil von 20%. Auf die freien Tankstellen entfiel zu jener Zeit ein Marktanteil von 20%; angesichts der allgemeinen Angebotsverknappung sowie ihrer Abhängigkeit beim Bezug von Benzin von den großen Erdölfirmen fielen sie als aktive Konkurrenten zur damaligen Zeit (nach der Suez-Krise) praktisch aus. Mit Rücksicht auf die relativ geringe Marktbedeutung dieser Unternehmen, die sich praktisch in einer Preisfolgeschaft gegenüber der das Preisniveau bestimmenden Oligopolgruppe befanden, wurde wesentlicher Außenseiterwettbewerb verneint.

2) Vgl. TB 1967, S. 41.

ver Marktmacht i.S. von § 22 Abs. 2 bejaht¹⁾).

c) Untersuchungen der Preise für Arzneimittel (1968)

Die vorliegend interessierenden Aspekte wurden ein weiteres Mal im Jahr 1968 beleuchtet, als das Kartellamt erstmalig der Frage nachging, ob und in welchem Umfang die Arzneimittelpreise beim Vertrieb über öffentliche Apotheken wettbewerblich kontrolliert wurden. Eine Marktanalyse allein aufgrund der Struktur sowie des Verhaltens der Unternehmen hinterließ Zweifel, ob eine marktbeherrschende Stellung begründet werden konnte. Daher wurden die Arzneimittelmärkte in (zwei) Teilmärkte disaggregiert und den unterschiedlichen Marktergebnissen wurde ein "ungewöhnliches Gewicht"²⁾ zugemessen.

Zum einen wurde der Teilmarkt der Krankenhaus-Vollapotheken untersucht. Insoweit befanden sich die Hersteller alteingeführter und bekannter Präparate nach den amtlichen Ermittlungen mit den kleineren, lediglich unter Gattungsnahmen anbietenden Arzneimittelherstellern in einem Preiswettbewerb; sie waren genötigt, die eigenen Apotheken-Listenpreise durch direkte Preisermäßigungen oder mittelbar durch Naturalrabatte zu unterschreiten und dadurch in die niedrigeren Preise der

1) Hinsichtlich der Eingrenzung der Oligopolgruppe auf vier Unternehmen wurde argumentiert, die Unternehmen seien infolge ihrer internationalen Marktstellung (vertikaler Verbund von Rohöl über eigene Tankerflotten, Raffinerien und Tankstellennetze) in der Lage, das wirtschaftliche Geschehen auf dem relevanten Markt entscheidend zu bestimmen. - Den Mißbrauch der Marktmacht sah das Kartellamt in der weiteren Aufrechterhaltung des angehobenen Preisniveaus, obwohl die Rechtfertigungsgründe für die Preiserhöhung (Angebotsverknappung durch Aufhebung des libyschen Ölembargos, Sinken der Transportkosten) nach Abklingen der Krise entfallen waren. - Das Verfahren wurde nicht zu Ende geführt, weil die Benzinpreise - nicht zuletzt angesichts des negativen Eindrucks der Hearings in der Öffentlichkeit - spürbar gesenkt wurden (vgl. im einzelnen TB 1967, S. 12 ff., 41 ff.; siehe zu diesem Verfahren ferner Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, S. 174 ff. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 137 f.)

2) Vgl. TB 1968, S. 18 f.

Konkurrenz einzutreten. - Bei einem Vergleich der Preise bestimmter Arzneimittelgruppen (Penicillin, Vitamin-C-Tabletten etc.) im Bereich der Krankenhaus-Apotheken mit den öffentlichen Apotheken ergaben sich - je nach Arzneimittelgruppe - Preisunterschiede bis zu 300%. Diese Differenzen wurden als Indikatoren mißbräuchlicher Marktergebnisse gewertet. Eine solche Preispolitik schien nur Unternehmen möglich, die keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt waren (Rückschluß vom Mißbrauch auf das Vorliegen einer Marktbeherrschung). Allgemein formuliert: Die besonderen Nachfragebedingungen im Bereich der öffentlichen Apotheken (nur beschränkte Marktübersicht, fehlendes finanzielles Eigeninteresse der verschreibenden Ärzte, überragender Bekanntheitsgrad einzelner Marken, unbedingter Vorrang eines tatsächlichen oder vermeintlichen therapeutischen Wertes gegenüber finanziellen Erwägungen) zeichneten nach amtlicher Ansicht im Zusammenspiel mit den großen Werbeaufwendungen für die weitgehende Preisunelastizität verantwortlich. Die Hersteller eingeführter Spezialitäten ("Meinungsmonopolisten") konnten trotz wesentlich preisgünstigerer Konkurrenzangebote beim Vertrieb über öffentliche Apotheken langfristig Preise fordern, die angeblich erheblich über den mutmaßlichen Wettbewerbspreisen lagen.

Im Hinblick auf die Parameter Forschung, Produktqualität und insbesondere Werbung wurde eine (teilweise) sehr hohe Aktivität konstatiert. Ein solcher Wettbewerb hatte indes nach Ansicht des Kartellamtes dank der "ungewöhnlich großen Marktungsvollkommenheiten"¹⁾ keine Rückwirkung auf das Preisverhalten, so daß der Nichtpreiswettbewerb auch mittelbar keinen die volkswirtschaftlichen Antriebs- und Lenkungenfunktionen insgesamt hinreichend erfüllenden Wettbewerbsdruck begründete. Maßnahmen auf dem Werbungs-, Forschungs- und Qualitätssektor konnten somit bei pharmazeutischen Spezialitäten den Preiswettbewerb nicht ersetzen. Auch der Einwand der betroffenen Hersteller, bei den konkurrierenden Produzenten entfielen Forschungs- und Einführungskosten, während sie bei Krankenhaus-Apotheken teilweise unter Selbstkosten anbieten und ihre erheblichen Forschungsaufwendungen über die Preise alteingeführter Präpa-

1) Vgl. TB 1968, S. 19.

rate beim Vertrieb über öffentliche Apotheken vorfinanzieren müßten, wurde nicht akzeptiert. Das Ausmaß der Preisüberhöhung - so die amtliche Replik - stünde in keinem angemessenen Verhältnis zum Forschungsaufwand, der sich lediglich auf 10% des Umsatzes beziffere, während 25-40% des Umsatzes auf Verkaufsförderungsausgaben entfielen¹⁾.

2. Die unterschiedliche Beurteilung der Funktionsfähigkeit von (engen) Oligopolmärkten durch die Rechtsanwendungsorgane

a) Bewertung und Methoden des Kartellamtes

Die vorstehend referierten kartellamtlichen Voten zu § 22 Abs. 2 bildeten bis Ende 1972 das einzig unmittelbar einschlägige Entscheidungsmaterial; kein Verfahren wegen Oligopolmißbrauchs wurde zu Ende geführt; Gerichtsentscheidungen fehlen²⁾. Andererseits haben sich das Kartellamt sowie die Gerichte bereits in den 60er Jahren mehrfach in Entscheidungen, allgemeinen Verlautbarungen und kommentierenden Einzelerklärungen zum Wettbewerb auf Oligopolmärkten geäußert. Wenngleich diese Äußerungen auch - wie teilweise bereits angedeutet³⁾ - keinen unbedingt stringenten Rückschluß auf das Vorliegen eines wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 zulassen, so

1) Vgl. TB 1968, S. 18 ff., S. 57 f.; ferner I. Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, S. 170 f.; derselbe, JbNSt 190, S. 67 ff. (ebenda insbesondere zum Rückschluß von einer bad performance auf Marktbeherrschung und damit implizit den relevanten Markt). - Die gegen insgesamt 11 Arzneimittelfirmen eingeleiteten Ermittlungsverfahren wurden in der Folgezeit eingestellt (vgl. TB 1969, S. 72; ferner TB 1971, S. 68; TB 1972, S. 66 f.).

2) Die Entscheidungspraxis zu § 22 war bis Ende 1972 - jedenfalls gemessen an rechtskräftigen Entscheidungen - insgesamt recht dürftig. Nur in drei Fällen, die sämtlich den § 22 Abs. 1 betrafen, kam es zu Entscheidungen des Amtes. Daher spricht Möschel (Der Oligopolmißbrauch, S. 134) mit einem gewissen Recht vom "Eindruck eines Nullrekords", der nur unwesentlich modifiziert werde durch Erfahrungen mit spezielleren Rechtsgrundlagen wie insbesondere § 18 und § 26 Abs. 2.

3) Vgl. oben, S. 42.

signalisieren sie doch relativ untrüglich ein unterschiedliches Vorverständnis bezüglich der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf Oligopolmärkten.

Hinsichtlich der Konkurrenzsituation auf "unvollkommenen Märkten" ging das Kartellamt allgemein davon aus, daß unter Wettbewerb eine Verhaltensweise im Zeitablauf zu verstehen sei, die von verschiedenen Faktoren bestimmt werde, beispielsweise von der Zahl der Anbieter sowie ihrer Marktanteile, der Produkthomogenität respektive -heterogenität, ferner vom Grad der Markttransparenz sowie nicht zuletzt vom Willen der Unternehmen, ihre Parameter zur Vergrößerung oder Behauptung ihres Marktanteils tatsächlich einzusetzen. Von der Häufigkeit, dem Ausmaß sowie den Zeitpunkten des tatsächlichen Einsatzes der verschiedenen Wettbewerbsmittel versprach man sich eine Antwort auf die Frage, ob Wettbewerb i.S. einer Verhaltensweise vorlag. Hilfsweise sollten die Entwicklung der Marktanteile, der Ausnutzungsgrad der Kapazität im Konjunkturverlauf sowie die Veränderungen der Preis- oder Qualitätsabstände zueinander im Zeitablauf als Indikatoren wettbewerbsgerechter Verhaltensweisen fungieren; bei alledem sollten Zeiträume von mehreren Jahren zugrundegelegt werden¹⁾.

Speziell im Hinblick auf den Preiswettbewerb auf (engen) Oligopolmärkten (mit homogenen Gütern, einer geringen Anbieterzahl) konstatierte das Kartellamt eine faktische Preisgleichheit und begründete diesen Befund vornehmlich mit nationalökonomischen Erkenntnissen: Das Bewußtsein wechselnder Abhängigkeit bedinge eine erhöhte Furcht vor Preiskämpfen und ihren ruinösen Folgen; daher würden offene Preiskämpfe im allgemeinen vermieden. Zugleich würden Preissenkungen unterlassen, weil die Konkurrenten alsbald nachziehen würden, so daß von Preissenkun-

1) Vgl. TB BKartA 1963, S. 10; zum amtlichen Definitionsverständnis des Wettbewerbs, insbesondere in Kontrastierung zu den abweichenden Vorstellungen des KG, vgl. ferner Pickel, WuW 1968, S. 627 f.; auch der Beitrag des (vormaligen) Kartellamtsmitglieds I. Schmidt, WuW 1964, S. 120 ff., insb. S. 134 ff. gibt Aufschluß über den Wettbewerbsbegriff, den das Kartellamt favorisiert hat. - Speziell im Hinblick auf den obigen Wettbewerbsbegriff glaubte sich das Kartellamt auf die "moderne Nationalökonomie und den historischen Willen des Gesetzgebers von 1957 berufen zu können.

gen keine Marktanteilsvergrößerung zu erwarten sei, der Gesamtgewinn vielmehr infolge des geringeren Stückgewinns zurückgehen würde. Insgesamt führe die oligopolistische Reaktionsverbundenheit zu einem kartellgleichen Zustand; es bedürfe keiner horizontalen Preisabsprache mehr, um die Einheitlichkeit der Preise zu gewährleisten. Scheide mithin der Preiswettbewerb aus, so konzentriere sich der Wettbewerb bei weitgehend homogenen und damit nahezu qualitätsgleichen Gütern auf die für die Konkurrenten weniger transparenten Rabatte¹⁾.

- 1) Vgl. insbesondere den Fensterglas-Beschluß des BKartA, WuW/E vom 22.12.1960, WuW/E BKartA 281, 287, mit zahlreichen Nachw. aus der nationalökonomischen Literatur; zur bewußten Parallelpolitik im Oligopol ferner I. Schmidt, WuW 64, S. 136 ff., ebenfalls mit zahlreichen Belegen aus dem wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum. - Auch der Wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages hat, wie bereits im ersten Kapitel referiert (vgl. oben S. 21), in seinem abschließenden Bericht bei der Erörterung der Besonderheiten oligopolistischer Märkte darauf verwiesen, auf solchen Märkten wage kein Unternehmen die Eröffnung eines gewöhnlich mit schweren Verlusten für alle Beteiligten verbundenen Preiskampfes; nach Ausschaltung des Preiswettbewerbs verlagere sich der Wettbewerb zumeist auf Ausweichformen. Der Rabattwettbewerb wird in diesem Zusammenhang freilich nicht ausdrücklich erwähnt. Dagegen hebt der wissenschaftliche Beirat beim BMWi in Nr. 21 seines Gutachtens vom 22. und 23. Juni 1962 zur Reform des GWB ausdrücklich hervor, daß auf oligopolistischen Märkten der Preiswettbewerb mit Rabatten oft die einzige Form des Wettbewerbs sei, die sich gegen Preisführerschaft und Parallelverhalten durchsetzen könne. - Die gleiche Argumentation wie im einleitend zitierten Fensterglas-Beschluß findet sich in der Entscheidung, in der das Kartellamt dem Kartellsystem, das Röhrenhersteller und Röhrenhändler auf dem Markt für Handelsrohre zu institutionalisieren gedachten, gem. §§ 3, 12 GWB widersprach. Auch der Markt für Handelsrohre wies die Struktur eines typischen Oligopols mit homogenen Gütern auf. Auch hier lautete die Begründung, auf derartigen Märkten bestehe nach den Erkenntnissen der Oligopoltheorie ein so großer Grad an gegenseitiger Reaktionsabhängigkeit, daß Wettbewerb nur noch verdeckt, durch Gewährung von Rabatten möglich sei, da nur der Einsatz dieses Wettbewerbsmittels vor der Konkurrenz verheimlicht werden könne. Die Anwendung anderer Aktionsparameter, insbesondere des Preises, lohne sich nicht, denn die Konkurrenz würde solche Wettbewerbsmaßnahmen alsbald erkennen, nachziehen und damit die erhofften Gewinne vereiteln. Rabattkartellierungen schlossen daher den letztmöglichen Wettbewerb sowohl auf der Hersteller- wie auf der Großhandelsstufe aus. Dieser Ausschluß des letzten Wettbewerbs widerspräche Sinn und Zweck der gesetzlichen Freistellung und sei daher mißbräuchlich (WuW/E BKartA 119 ff., (130); 538 ff. (544) ("Röhrenhersteller I und II"; WuW/E BKartA 131 ff. (137) ("Röhrendirekthändler").

Diese faktische Preisgleichheit (aufgrund einer bewußten Parallelpolitik oder Preisführerschaft) wurde monopolistischen Verhaltensweisen gleichgestellt und als faktische Wettbewerbsbeschränkung begriffen und damit als unwesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 definiert¹⁾. Wettbewerbstheoretisch legitimierte sich diese Gleichsetzung mit der Überlegung, daß "das Preisniveau bei zumindest langfristiger Gewinnmaximierung logisch zwingend höher sein muß als bei einem tatsächlichen individuellen Preiswettbewerb um Marktanteile im Zeitablauf"²⁾.

Bezüglich des Stellenwertes der einzelnen Aktionsparameter liegen nur singuläre (einzelfallbezogene) Erklärungen vor. Vieles spricht jedoch für eine Favorisierung des Preises, während die anderen Aktionsparameter (z.B. Reklame- und Verpackungswettbewerb, Konkurrenz in Serviceleistungen) als sekundäre Nebenleistungen eingestuft werden. So stellt sich dem Kartellamt nicht nur die Frage, ob der (oligopolistische) Werbungswettbewerb, der dem Konsumenten - mangels eines jeglichen Informationsgehaltes - keinerlei Vorteile bringe (Suggestivwerbung), nicht als mißbräuchlich i.S. des § 22 Abs. 3 zu betrachten sei³⁾. Auch der Service- und Konditionenwettbewerb wird für den Regelfall als Nebenform des Wettbewerbs eingestuft⁴⁾. Selbst im Qualitätswettbewerb wird der gleiche Rang streitig gemacht, da die Qualität schwieriger zu beurteilen sei als der Preis und somit das Problem hinreichender Qualitätstransparenz

1) Vgl. TB BKartA 1963, S. 10 unter Ziffer 3.

2) I. Schmidt, WuW 1964, S. 120 ff. (139).

3) Vgl. TB 1966, S. 11.

4) WuW/E BKartA 281, 288.

für den Käufer aktuell werden könne¹⁾.

- 1) Vgl. hierzu die Ausführungen von Schmidt, WuW 1964, S. 149, der selbst bei einer Verbesserung der Produktqualität Preiswettbewerb i.S. des § 16 GWB bei konstanten Preisen u.a. mit dem Hinweis auf das Problem der Markttransparenz verneint. - Der Wirtschaftspolitische Ausschuß hat das Problem bekanntlich auf die folgende Formel gebracht: "Seiner in der Marktwirtschaft unentbehrlichen Steuerungsfunktion wegen wurde der Preis als das bei weitem wichtigste Wettbewerbsselement bezeichnet. Gegenüber dem Preiswettbewerb gewährleisten andere, insbesondere die häufig auftretenden Surrogat- und Nebenformen des Wettbewerbs, wie z.B. der Qualitätswettbewerb, die Konkurrenz in Serviceleistungen, der Reklame- und Verpackungswettbewerb, der quasi-monopolistische Wettbewerb durch Produktdifferenzierung u.a.m. nicht oder nur in geringem Maße die Ausrichtung aller wirtschaftlichen Tätigkeit nach dem ökonomischen Prinzip". (Vgl. Nachweis oben S. 3). - Selbst nach Abdanken der ordoliberalen Wettbewerbstheorie und der inoffiziellen Adaption der Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb um die Mitte der 60er Jahre scheint das Kartellamt weitgehend diesen Leitsätzen zu folgen. So wurden Wettbewerbsregeln (§§ 28 ff.), welche die Funktionsfähigkeit des Preiswettbewerbs oder eines wesentlichen Elementes beeinträchtigen konnten, nicht zur Eintragung zugelassen. Bezüglich des Qualitätswettbewerbs hieß es, dieser könne seine Funktion in der Marktwirtschaft nicht immer in gleicher Weise erfüllen wie der Preiswettbewerb; denn regelmäßig sei die Reaktionsfähigkeit dieses Parameters geringer als die des Preises, der jederzeit den veränderten Marktverhältnissen angepaßt werden könne (vgl. hierzu WuW/E BKartA 281, 283). Hingegen wurden Wettbewerbsbeschränkungen bezüglich der Werbung, des Service, der Zugaben und anderer Nebenleistungen als wenig systemwidrig angesehen und im Ergebnis sogar als vorteilhaft gewertet, falls dadurch der Hauptleistungswettbewerb (sprich: Preis- und Qualitätswettbewerb) gefördert wurde. - Freilich wurde dieses Prioritätenverhältnis nicht ausnahmslos praktiziert. So wurde der Kundendienst bei technisch hochwertigen Gütern dem Preiswettbewerb funktional gleichgestellt, und eine Beschränkung des Werbungswettbewerbs erschien bedenklich, falls zugleich der Preiswettbewerb in Mitleidenschaft gezogen wurde (vgl. hierzu die Entscheidungen zu den Wettbewerbsregeln des Kfz-Handels, WuW/E BKartA 623, 772); vgl. ferner Kellermann, Fairer Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, S. 61 ff. (82).

b) Das restriktive Vorverständnis des Kammergerichts

Dem KG zufolge ist der Wettbewerb wirksam, wenn er "einen Grad erreicht, der seine Funktion sicherstellt, nämlich das Streben hervorzurufen, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis usw. besser ist als die Leistung eines anderen Unternehmens, den eigenen Absatz zu fördern"¹⁾. Ob ein (wirksamer) Wettbewerb in diesem Sinne besteht, läßt sich nur aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller wettbewerbslichen Aktivitäten feststellen. Eine "Zerlegung" des Wettbewerbs in verschiedene Parameter wird zwar gedanklich für möglich und modelltheoretisch für geeignet gehalten, letztlich aber verworfen. Zu bedenken wird gegeben, daß sich eine solche Disaggregation angesichts der Interdependenz der einzelnen Aktivitäten empirisch nicht begründen lasse²⁾. Daher sieht sich das Gericht vor die Aufgabe gestellt, das tatsächliche Geschehen im konkreten Streitfall dahin zu würdigen, ob alle konkreten Tatsachen zusammen einen "wirksamen" Wettbewerb begründen³⁾. Dieses allgemeine Vorverständnis vom "Wesen" des Wettbewerbs bildet zugleich den Ausgangspunkt der Wertung von Oligopolmärkten.

Die postulierte Notwendigkeit einer Überprüfung der konkreten Tatsachen impliziert zunächst eine Absage an die kartellamtliche Methode, mittels wirtschaftswissenschaftlicher

1) WuW/E OLG 813, 818. Adjektivistische Beifügungen zum Begriff des Wettbewerbs (z.B. "funktionsfähig") sind nach Ansicht des Gerichts überflüssig, weil der Begriff "Wettbewerb" bereits das Element der "Funktionsfähigkeit" bzw. "Wirksamkeit" in sich birgt.

2) So komme beispielsweise eine Qualitätsverbesserung bei gleichbleibendem Preis einer indirekten Preissenkung gleich.

3) Vgl. ebenda.

Thorien Aussagen und Wertungen zum Oligopolverhalten zu treffen¹⁾. Nach Auffassung des Gerichts sind wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse keine Tatsachen; sie können daher lediglich als Erfahrungsgrundsätze beweisrechtlich verwandt werden. Zunächst muß jedoch geprüft werden, ob es überhaupt einen Erfahrungssatz der aufgestellten Art gebe. Mithin sei zunächst der allmeingültige Kern wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse herauszuarbeiten. Falls dieses angesichts unterschiedlicher Literaturmeinungen nicht möglich sei, könnten theoretische Aussagen nicht zur Entscheidungsgrundlage konkreter Streitfälle gemacht werden²⁾. Demgemäß setzt sich das Gericht auch nicht mit wirtschaftswissenschaftlichen Oligopoltheorien auseinander. Stattdessen wird dem Kartellamt, das sich zur Absicherung seiner These von der Gleichpreisigkeit auf (engen) Oligopolmärkten auf eine herrschende nationalökonomische Lehre berufen hatte, vorgehalten, eine solche Argumentation übersehe, daß es entgegenstehende Stimmen gebe und einer bestimmten Lehre nicht Gesetzeskraft beigemessen werden könne³⁾. Identische Preise auf einem oligopolistischen Markt könnten gleichermaßen für die Existenz eines Preiswettbewerbs wie für eine (stillschweigend gehandhabte) Wettbewerbsbeschränkung sprechen. Das Vorliegen von Preiswettbewerb sei allein daran zu messen, ob ein Anbieter

1) Welch' stattdessen Apparat an preis- und wettbewerbstheoretischer Literatur das Kartellamt zur Erhellung von Oligopolmärkten aufbot, wird insbesondere in der Fensterglas-Entscheidung (WuW/E BKartA 287) deutlich. Auch die Ausführungen von Schmidt (Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB) zeichnen sich durch einen fast unübersehbaren Rekurs auf nationalökonomische Stimmen aus.

2) Vgl. allgemein zur Anwendungsmöglichkeit volkswirtschaftlicher Theorie aus der Perspektive des Kartellsenats Hintze, WuW 1970, S. 571 ff. (577 ff.).

3) WuW/E OLG 818, 819.

tatsächlich und bewußt eine Preispolitik betreibe, um seinen Marktanteil zu vergrößern oder zu behaupten¹⁾.

Wie weit das KG die Grenzen der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf (engen) Oligopolmärkten steckt, wird zum einen sichtbar in den Entscheidungen, in denen darüber zu befinden, war, ob Oligopolunternehmen das Preisbindungsprivileg für Mar-

1) Vgl. ebenda - Wenn der Kartellsenat von "gegenteiliger Lehre" spricht, so bezieht er sich auf den Beitrag von Gabriel, Preise und Wettbewerb, MA, 1964, S. 627 ff., der in einer Grundsatzkontroverse mit dem vormaligen Kartellamtsmitglied Schmidt diesem u.a. entgegengehalten hat, identische Preise könnten durchaus auch das Ergebnis lebhaften Preiswettbewerbs sein. Im Einzelfall bedürfe es einer genauen Untersuchung des Marktes, seiner Struktur, der Produkte, der Zugangschancen sowie der Verhaltensweisen der Marktteilnehmer. Solche konkreten Marktanalysen könnten nicht durch Definition, welche zwischen "bewußtem Parallelverhalten" und "individueller Preispolitik" unterscheiden, ersetzt werden. - Zur Kritik an der kartellamtlichen Fixierung auf oligopoltheoretische Denkmodelle vgl. ferner Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 118 ff.; ferner Hermanns, Der Wettbewerbsbegriff in der Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes, S. 158 ff., der in Übereinstimmung mit dem KG dem Kartellamt vorhält (S. 163): "Es wird völlig die Tatsache übersehen, daß die Praktizierung gleicher Preise über einen längeren Zeitraum ebensogut als Beweis für das Bestehen eines sehr scharfen Wettbewerbs angesehen werden kann. Gerade die Anwendung gleicher Preise kann ein Zeichen einer äußerst angespannten Wettbewerbslage sein: Das Nichtvorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses wird in der Regel dadurch als erwiesen angenommen, wenn Marktteilnehmer Entscheidungen ohne Rücksicht auf die Reaktionen ihrer Konkurrenten treffen können. Im Oligopol kann jedoch die Anwendung gleicher Preise mit Rücksicht auf die Reaktionen der Mitbewerber erfolgen, ein Tatbestand, der das Vorhandensein von Wettbewerb beweist. Diese Tatsachenfeststellungen müssen in jedem einzelnen Fall neu getroffen werden. Die Frage, ob Wettbewerb herrscht, kann also nicht mit dem Hinweis auf ein bestimmtes Marktmodell beantwortet werden". - Andererseits hat das Kartellamt auch wissenschaftliche Schützenhilfe erhalten. So schreibt Raiser (Ökonom im Bundeskartellamt und in den Kartellgerichten, BB 1972, S. 471 ff. (474), ein Gericht, das die Erkenntnisse der Volkswirtschaftslehre mit dem Satz erledige, angesichts kontroverser Meinungen könne einer bestimmten Lehre keine Gesetzeskraft beigemessen werden, dokumentiere nur seine Hilflosigkeit angesichts einer ihm unzugänglichen Wissenschaft, wobei als Beleg für die Ratlosigkeit des Gerichts auf den Aufsatz des Kartellsenatsvorsitzenden Hintze über den Stellenwert ökonomischer Erfahrungssätze im Kartellgerichtsverfahren (WuW 1970, S. 571 ff. (582) verwiesen wird.

kenwaren gemäß § 16 GWB a.F. zu verleihen war¹⁾. Trotz lang-jährigen, gleichförmigen Verhaltens (Preisverhaltens) sollte auf einem oligopolistischen Markt mit homogenen Gütern Wettbewerb (Preiswettbewerb) möglich sein. Eine "eigennützige Preispolitik" wurde bereits bejaht, falls ein Unternehmen durch die Existenz anderer Anbieter kontrolliert würde; bereits ein solches latentes Spannungsverhältnis, das sich nicht in tatsächlichen Vorstößen manifestieren müsse, wurde für ausreichend angesehen. All dies sollte auch für die "echte" Preisführerschaft gelten, mithin für die nicht auf einem kollusiven Zusammenwirken beruhende Imitation der Preise eines dominierenden Unternehmens; die Rechtsposition eines solchen Preisführers wurde explizit als de lege lata unangreifbar erklärt. Das Preisbindungsprivileg wurde nur dann nicht vergeben, falls die Beweisaufnahme ergab, daß die Konkurrenten einer jeden Preiserhöhung unter allen Umständen folgen würden. Trotz häufiger Gleichpreisigkeit auf oligopolistischen Märkten mit nahezu homogenen Gütern wurde grundsätzlich von einer "scharfen Rivalität zwischen den einzelnen Anbietern" ausgegangen²⁾.

1) Vgl. Beschluß vom 20.03.1962 ("Reifen"), WuW/E OLG 461; ferner Beschluß vom 18.03.1969 ("Tennisbälle"), WuW/E OLG 1024.

2) Die vorstehenden Ausführungen sind in ihrer generellen Formulierung weitgehend dem Beschluß des KG vom 18.03.1969 ("Tennisbälle"), WuW/E OLG 1024 ff., entlehnt. - Der BGH hat in seiner bestätigenden Beschlußbegründung (WuW/E BGH 1089, 1093) ausdrücklich festgestellt, der Preiswettbewerb im Sinne von § 16 a.F. GWB brauche kein wesentlicher Wettbewerb im Sinne von § 22 zu sein; dahingestellt blieb, ob der Preiswettbewerb der nach seiner Rechtsauffassung und den tatrichterlichen Feststellungen anzunehmen war, ein "wesentlicher" Wettbewerb im Sinne dieser Vorschrift war. - Nicht zuletzt mit Rücksicht auf die vom KG weitgehend in genereller Diktion gemachten Ausführungen erscheint im vorliegenden Zusammenhang, will sagen: Bei dem Versuch einer Rekonstruktion einer allgemeinen Einschätzung der Funktionsfähigkeit von Oligopolmärkten, vertretbar zu sein, ein analoges Interpretationsverständnis auch bei der Anwendung des § 22 Abs. 2 zu vermuten, zumal in der Literatur vielfach (vgl. z.B. Pickel, Urteilsanmerkung zur Tennisball-Entscheidung des BGH-Senats, WuW/E BGH 1095) eine Transformation auf § 22 Abs. 2 befürchtet wurde. - Im Ergebnis und auch in der theoretischen Ableitung kommt das KG weitgehend den Vorstellungen von Knöpfle nahe, der den BGH-Beschluß und damit zugleich auch die Entscheidung des KG als "durchweg zutreffend" begrüßt hat (NJW 1970, S. 1041).

Daß das KG nur selten die Funktionsfähigkeit von Oligopolmärkten bedroht sieht, macht des weiteren eine Detailanalyse der unter dem Kürzel "Mosaiktheorie" in die Wettbewerbsliteratur eingegangenen Fensterglas-Entscheidungen deutlich¹⁾.

Bei der Untersuchung der einzelnen Aktionsparameter erfährt der Preiswettbewerb nicht nur deshalb eine "Abwertung", weil identische Preise auf einem oligopolistischen Markt nicht prinzipiell der Annahme eines Preiswettbewerbs entgegenstehen. Eine weitere Absage an die traditionelle Prärogative des Preiswettbewerbs erfolgt, indem der Rabattwettbewerb grundsätzlich dem Preiswettbewerb gleich geachtet wird. Während kartellamtliche Stimmen den für enge Oligopole typischen Rabattwettbewerb angesichts seiner Intransparenz und damit seines "geringen Steuerungseffekts" nicht als Preiswettbewerb gelten lassen wollen²⁾, betont der Kartellsenat der Preis einer Ware werde wesentlich durch Rabatte und deren Höhe bestimmt und jeder Abnehmer und konkurrierende Anbieter sehe den Rabatt unter dem Blickwinkel des Preises und betrachte ihn nicht als eine außerhalb der Preisfixierung liegende Sonderleistung; daher sei es nicht einsehbar, warum der Rabattwettbewerb den Charakter eines "Nicht-Preiswettbewerbs" haben solle³⁾. Jeder Verkäufer versuche nach allgemeiner Lebenserfahrung, zumindest durch Einräumung unterschiedlicher Sonderrabatte seinen Absatz zu fördern⁴⁾.

Hinsichtlich des Qualitätswettbewerbs begnügt sich das Gericht mit einer Zukunftsprognose: Möge in früheren Zeiten auch ein Qualitätswettbewerb gefehlt haben, so folge daraus noch nicht ein entsprechendes Zukunftsverhalten. Bei einer Wandlung des Produktmarktes vom Verkäufer- zum Käufermarkt

1) Vgl. Beschluß vom 28.12.1966, WuW/E OLG 813 ff.

2) So Schmidt, WuW 1964, S. 120, 150.

3) WuW/E OLG 820.

4) Selbst einem Wettbewerb von Außenseitern und Importeuren mit einem insgesamt geringen Marktanteil wird unter Hinweis auf die wirtschaftliche Erfahrung die Bedeutung beigemessen, auf die Preispolitik der Oligopolisten einzuwirken (vgl. ebenda).

entspreche es allgemeiner Erfahrung, daß die kaufmännisch denkenden Anbieter sich auf die veränderte Marktlage einstellen und alles daransetzen würden, ihre Produkte gegenüber den Waren der Mitbewerber zu heterogenisieren und in besonderer Güte anzubieten¹⁾.

Inhaltsgleiche Geschäftsbedingungen sowie ein leicht verändertes Verpackungsmaterial (konkret: Styropor statt Stroh) vermögen nach Auffassung des KG zwar keine erhebliche Steuerungsfunktion zu entfalten. Gleichwohl soll ein solcher Sachverhalt beweisen, daß auch im Bereich der Konditionen ein gewisser Wettbewerb vorherrscht und demzufolge kein Anlaß besteht, einen solchen zukünftig nicht zu erwarten. Selbst solche Erscheinungsformen des Wettbewerbs werden als "ein gewiß kleines, aber dennoch nicht zu übersehendes Mosaikteilchen im Gesamtbild des Wettbewerbs" gewertet²⁾. Gleiches wird angenommen bezüglich der Substitutionskonkurrenz; auch hier dürfen bloße "Mosaikteilchen" nicht ausgeblendet werden; gilt doch auch hier, daß einzelne, für sich betrachtet wenig wirksame Formen des Wettbewerbs in ihrer Summierung durchaus noch einen funktionsfähigen Wettbewerb ergeben können³⁾.

c) Die Auffassung des Bundesgerichtshofes

Der BGH hat nicht abschließend zu der These vom fehlenden Preiswettbewerb auf (engen) Oligopolmärkten (mit wenigen Anbietern und nahezu homogenen Gütern) Stellung bezogen. Einige Äußerungen deuten jedoch darauf hin, daß er - in Übereinstimmung mit der "wohl überwiegenden Auffassung im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum" sowie dem abschließenden Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages und dem Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates vom Juni 1962 - der Ansicht zuneigt, auf solchen Märkten bilde der Rabattwettbewerb oft die einzige Form des Wettbewerbs, die sich gegen Preisführerschaft und faktisches Parallelverhalten durchsetze. Das

1) WuW/E OLG 821.

2) Ebenda, 822.

3) Vgl. ebenda.

Vordringen des Nichtpreiswettbewerbs auf einigen als oligopolistisch bekannten Märkten entsprach nach seiner Auffassung der allgemeinen Lebenserfahrung¹⁾.

Solche Gegebenheiten sprechen freilich nach Ansicht der Bundesrichter nicht zwingend für das Fehlen wirksamen Wettbewerbs. Denn Ziel aller wirtschaftspolitischen Maßnahmen gegenüber oligopolistischen oder zum Oligopol neigenden Wettbewerbsformen könne stets nur "die Erhaltung oder Herstellung eines Mindestmaßes an Wettbewerb sein, eines Wettbewerbs etwa wie er in den USA als workable competition bezeichnet worden ist"²⁾. Ob ein Oligopolmarkt dieses "Mindestmaß an Wettbewerb" vermissen lasse und daher funktionsfähig sei, kann nach Meinung des Gerichts nur aufgrund einer Prüfung der "jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse im Ganzen"³⁾ festgestellt werden.

Insoweit wird zunächst auf jenen von Knöpfle kreierten nichtwettbewerblichen Tatbestand der gesteigerten Reaktionsverbundenheit verwiesen, der die Oligopolisten "aus einem gewissen Gruppenbewußtsein heraus ein bestimmtes Marktverhalten auch dann beobachten (läßt), wenn sie sich von einem anderen Verhalten trotz der Erwartung der Reaktion ihrer Mitbewerber Vorteile versprechen"⁴⁾. Daß Unternehmen im allgemeinen in einer Marktwirtschaft durch den stummen Zwang der Konkurrenz auf die

1) WuW/E BGH, 588, 593; ferner WuW/E BGH 907, 913.

2) So die allgemeine Zielrichtung der Mißbrauchsaufsicht über Oligopole im abschließenden Bericht des federführenden Bundestagsausschusses (vgl. oben S. 28), dem sich der BGH generell anschließt (WuW/E BGH 593). Wenn der BGH diesen Gedanken im unmittelbaren Hinblick auf die Gesetzesmaterialien zu § 22 GWB entwickelt, um ihn sodann auch auf die anderen Mißbrauchstatbestände (z.B. eines Widerspruchs gem. § 3 Abs. 3) zu übertragen, so spricht die Art der Ableitung einmal mehr für die Generalisierbarkeit der Ausführungen. So auch Kirchstein, WRP 1968, S. 211 ff. (213).

3) WuW/E BGH 913.

4) Vgl. ebenda. Ebenso argumentiert der BGH in der Tennisball-Entscheidung WuW/E BGH 1089, 1091; auch das KG hat sich in der vorangegangenen Entscheidung (WuW/E OLG 1024, 1025) diesen nichtwettbewerblichen Tatbestand, der zwischen einer Kartellabsprache und einer (nicht sanktionierbaren) faktischen Gleichpreisigkeit angesiedelt ist, zu eigen gemacht.

Verfolgung ihres eigenen Vorteils verpflichtet sind und daher kaum bereit sein werden, zur Pflege eines vertraglich nicht fixierten Korpsgeistes ("altruistisch") finanzielle Opfer zu erbringen, liegt auf der Hand. Daher hat diese Konstruktion eines nichtwettbewerblichen Tatbestandes so gut wie keine praktische Bedeutung¹⁾.

Da sich ein solches Gruppenbewußtsein wohl niemals feststellen läßt, bleibt als heuristische Formel für die Feststellung der Funktionsfähigkeit von Märkten nur die Frage: Ergibt sich bei der Prüfung des Marktverhaltens der Unternehmen - unter Einbeziehung selbst jener Aktionsparameter, die für sich betrachtet wenig wirksam, in ihrer Summierung aber durchaus einen wirksamen Wettbewerb indizieren können - ein Gesamtbild von so hochgradiger Erstarrung der Antriebskräfte des Wettbewerbs, daß von wirksamem Wettbewerb keine Rede mehr sein kann²⁾.

3. Die Schlüsselstellung des Kammergerichts und die Reaktionen des Kartellamtes

a) Die zentrale Beurteilungskompetenz des Gerichts

Die bei der vorstehenden Rekonstruktion in Bezug genommenen Gerichtsentscheidungen sind nicht nur insofern von weit-

1) Zur Irrealität dieser konstruierten Form einer Wettbewerbsbeschränkung vgl. bereits oben S. 107. Zutreffend ist daher die kartellamtliche Kritik, ein solches (praxisirrelevantes) Unterscheidungskriterium reduziere die kartellbehördliche Aufsicht auf ein Minimum (so Kirchstein, WRP 1968 S. 211 ff. (212), sowie Pickel in seiner Urteilsanmerkung zur Tennisbälle-Entscheidung des Kartellsenats des BGH (WuW/E BGH 1095, S. 627 FN 13). - Die Habilitationsschrift von Knöpfle (Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens) hat nicht nur, wie Pickel (ebenda) schreibt, "ungewöhnliche Aufmerksamkeit" verursacht, sondern unmittelbaren Eingang in die höchstrichterliche Rechtsprechung gefunden. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch der "offensive" Beitrag des Mitglieds des Kartellamtes Barnikel, ZHR 1967, S. 361 ff. (insb. 375 ff.). Auch die Kontroverse zwischen Plassmann und Knöpfle (JZ 1968, S. 81 ff.; JZ 1968, S. 292 ff.; JZ 1968, S. 368 f.) ist in diesem Kontext zu sehen.

2) WuW/E BGH 913, 915.

reichender Bedeutung, als sie untrüglich eine große Zurückhaltung der Obergerichte in der negativen Bewertung von (engen) Oligopolmärkten belegen.

Zugleich wurde dem KG eine Schlüsselrolle in der Einschätzung der Funktionsfähigkeit von Oligopolmärkten zugewiesen, und zwar in doppelter Perspektive:

Zum einen wurde dem Gericht unter Hinweis auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 70 Abs. 4 (nunmehr: Abs. 5) höchstrichterlich die Kompetenz zuerkannt, die kartellamtlichen Verfügungen in vollem Umfang in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen. Das Kartellamt hat in der Beurteilung der Funktionsfähigkeit von Oligopolmärkten keinen originären, der richterlichen Nachprüfung entzogenen Beurteilungsspielraum; seine Würdigung kann uneingeschränkt durch das Urteil des KG ersetzt werden¹⁾.

Überdies wurden die engen Grenzen einer Nachprüfung von Beschwerdeentscheidungen des KG (allgemein: der Oberlandesgerichte) durch den BGH sichtbar. Die Bundesrichter erachten nämlich die Frage, ob die Antriebskräfte eines Oligopolmarktes erstarrt sind, als eine Frage tatrichterlicher Würdigung, die mit der Rechtsbeschwerde grundsätzlich nicht angreifbar ist²⁾. Dabei wird zu den Würdigungen tatsächlicher Art auch die Feststellung gerechnet, ob der Einsatz eines absatzpolitischen Mittels in Wettbewerbsabsicht erfolgt oder nicht. Die konkrete Feststellung eines individuellen Preiswettbewerbs trotz faktischer Gleichpreisigkeit ist mithin ausschließlich dem KG überantwortet³⁾.

b) Postulate und Reaktionen des Kartellamtes

Das Kartellamt hat auf diese Rechtssituation in verschiedener Hinsicht reagiert:

1) WuW/E BGH 907, 911.

2) Vgl. ebenda WuW/E BGH 913.

3) Vgl. ebenda, 914.

- Eine so weitgehende Rechtsweggarantie, welche dem KG die Möglichkeit einräumt, die kartellamtliche Entscheidung in vollem Umfang durch eine eigene Beurteilung zu ersetzen, wurde als nicht sachgerechte Lösung empfunden. An den Gesetzgeber erging die Aufforderung, dem Kartellamt bei der Novellierung des GWB einen originären Beurteilungsspielraum einzuräumen¹⁾.

- Auch die weitgehend abschließende Beurteilungskompetenz des KG wurde moniert, zumal dadurch die wichtige Aufgabe der Konkretisierung unbestimmter Kartellrechtsbegriffe der BGH-Judikatur entzogen war²⁾. Die Freiheit des Tatrichters in der ökonomischen Würdigung oligopolistischer (allgemeiner: wettbewerblicher) Sachverhalte glaubte man (zugunsten einer weitergehenden revisionsgerichtlichen Nachprüfung) durch die Entwicklung wirtschaftlicher Erfahrungssätze und Vermutungsregeln zu begrenzen. Zwar hatte das KG hinsichtlich der Verwertbarkeit wirtschafts-

1) So Pickel, WuW 1968, S. 627 ff. (629). - Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 05.02.1968, WuW/E BGH 907 ff. (911), die Einräumung einer solchen Beurteilungsermächtigung durch den Gesetzgeber an die Verwaltungsbehörden - in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts - verfassungsrechtlich für zulässig erklärt und lediglich feststellt, de lege lata räume das GWB den Kartellbehörden eine solche Beurteilungsermächtigung nicht ein. Insbesondere die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätige, daß es dem Gesetzgeber entscheidend darauf angekommen sei, Maßnahmen der Kartellbehörden in stärkerem Umfang als in der Verwaltungsgerichtsbarkeit der gerichtlichen Nachprüfung zu unterwerfen. - Bei genauer Textanalyse gewinnt jedoch der Hinweis des BGH zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der gesetzlichen Einräumung einer gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsermächtigung mehr den Charakter eines obiter dictum. Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen ist dem Bereich der sog. Eingriffsverwaltung zuzuordnen und untersteht daher dem Prinzip des Vorrangs des Gesetzes. Daher bestehen erhebliche Bedenken gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung, welche die gerichtliche Nachprüfung der Rechtmäßigkeit von Verfügungen des Kartellamtes darauf beschränkt, ob die Verfügungen den anzuwendenden Rechtsbegriff oder den gesetzlichen Rahmen verkannt haben, ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen sind, allgemeingültige Wertmaßstäbe unbeachtet gelassen oder sachfremde Erwägungen angestellt haben.

2) Vgl. TB 1968, S. 12.

wissenschaftlicher Erkenntnisse grundsätzliche Skepsis signalisiert¹⁾. Beim BGH hingegen konnte eine moderatere Auffassung bezüglich der Verwertbarkeit wirtschaftlicher Erfahrungssätze und Vermutungsregeln angenommen werden²⁾. Daher sah sich das Kartellamt aufgefordert, den allgemeingültigen Kern wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse herauszuarbeiten und in den konkreten Ermittlungsfällen eingehend zu untersuchen, inwieweit diese als allgemeine Erfahrungssätze und deshalb als beweiskräftig anzusehen seien³⁾.

- 1) So hatte das Gericht bekanntlich im Fensterglas-Beschluß vom 28.12.1966 (WuW/E OLG 813, 819) die nationalökonomischen Erkenntnisse zur Gleichpreisigkeit im Oligopol mit dem Satz abgetan, angesichts kontroverser Meinungen könne einer bestimmten Lehre keine Gesetzeskraft beigemessen werden. Vgl. ferner den ebenfalls bereits zitierten Beitrag des Senatspräsidenten Hintze, WuW 1970, S. 582.
- 2) So schreibt Pickel (WuW/E BGH 929 ff. (931)), der BGH habe im Fensterglas-Beschluß vom 05.02.1968 (WuW/E BGH 907, 913) die Frage, ob wirksamer Wettbewerb bestünde, nur unter Berücksichtigung der vorliegenden Marktstruktur für beantwortbar gehalten, woran er eingehende oligopoltheoretische Erörterungen geknüpft habe. Seine Feststellungen seien lediglich dahingehend eingeschränkt worden, daß derartige Überlegungen für sich allein den Tatrichter noch nicht zu dem Schluß zwängen, die Existenz wirksamen Wettbewerb zu verneinen.
- 3) Vgl. TB 1968, S. 13; ferner Pickel, WuW/E BGH 931. - Ein weiteres Mal geriet die Schlüsselstellung des KG mit den Teerfarben-Entscheidungen in die kartellamtliche Kritik. Auch hier hatte das KG das eigene Ermessen und die eigene Wertung der Sachlage uneingeschränkt an die Stelle derjenigen des Kartellamtes gesetzt. Überdies sah der BGH auch hier die Bewertung der einzelnen Sachverhaltselemente im Hinblick auf die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale teilweise als im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens liegend an, so daß die KG-Entscheidungen trotz der Rechtsbeschwerdemöglichkeit in weitgehendem Maße als endgültig empfunden wurden (vgl. zur Kritik TB 1970, S. 25). - Zur unterstützenden Kritik seitens der Literatur vgl. insbesondere Raiser, BB 1972, S. 471 ff. - Andererseits hat auch das KG - gerade im Hinblick auf die Einschätzung oligopolistischen Parallelverhaltens - literarische Schützenhilfe bekommen, so insbesondere von Gabriel, dem selbst die Ansicht des BGH, die These von der Gleichpreisigkeit im Oligopol stünde mit der wohl überwiegenden Auffassung im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum im Einklang, als zu weitreichend erschien (Gabriel, MA 1964, S. 627 ff., 652, Fn. 29).

- Was schließlich die Interpretation des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 GWB betrifft, so war dem Kartellamt nicht wohl bei dem Gedanken, "daß jeweils im einzelnen Falle ein mehr oder weniger sachverständiger, an keinerlei allgemeine Beurteilungskriterien gebundener OLG-Senat grob, aber endgültig abschätzt: 'Reicht der Wettbewerb nach unserem maßgeblichen Gefühl oder reicht er nicht?'"¹⁾. Vornehmlich an die Adresse des KG mit seinem restriktiven Interpretationsverständnis erging der Vorwurf, sich gedanklich noch nicht hinreichend von der Vorstellung eines absoluten Monopols i.S. der reinen Wirtschaftstheorie gelöst zu haben. Die lediglich graduelle Unterscheidung zwischen Monopol und Wettbewerb, so die konstruktive rechtsmethodische Aufforderung, sei unter dem Gesichtspunkt juristischer Wertung zu treffen, mithin von Kategorien, die sowohl die allgemeine legislatorische Zielsetzung wie auch die konkret angeordneten Rechtsfolgen berücksichtigten. Da die einzige Rechtsfolge, die an die Feststellung des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs geknüpft sei, in der Möglichkeit der Untersagung mißbräuchlichen Verhaltens bestünde, sei das Tatbestandsmerkmal "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" ausschließlich im Hinblick auf den angeblichen Mißbrauch zu bestimmen²⁾. Demgemäß wurde in dem Verfahren gegen die Mineralölgesellschaften anlässlich der Nahost-Krise von 1967 und insbesondere bei den Untersuchungen der Arzneimittelpreise 1968 den Marktanteilsergebnissen ein entscheidendes Gewicht beigemessen³⁾.

Der Gesetzgeber hat in der Folgezeit die verfahrensrechtliche Schlüsselstellung des KG nicht angetastet. Ebenso wenig ist es dem Kartellamt gelungen, den "allgemeingültigen Kern wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse (zum Verhalten marktbeherrschender Unternehmen)" herauszuarbeiten und somit beweiskräftige Erfahrungssätze zu schaffen.

1) So Pickel, WuW 1968, S. 627 ff. (629).

2) Vgl. Pickel, WuW 1968, S. 630.

3) Vgl. TB BKartA 1968, S. 19; ebenda setzt sich das Kartellamt bewußt über die restriktive "Mosaikmethode" des KG mit der Begründung hinweg, diese Methode widerspreche den gesetzgeberischen Zielsetzungen.

Andererseits wurde das wettbewerbsrechtlichen Instrumentarium zur Aufrechterhaltung und Sicherung des Wettbewerbs durch die Novelle vom 3. August 1973 nicht unwesentlich erweitert. Das betraf vor allem - neben einer Verbesserung der Wettbewerbschancen kleiner und mittlerer Unternehmen¹⁾ sowie der Stärkung der Marktstellung der Verbraucher²⁾ und der Kontrolle der Entstehung ökonomischer Macht³⁾ - insbesondere die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen gem. § 22. Ob diese Kompetenzerweiterung die vorstehend skizzierte "Ohnmacht" des Kartellamtes gegenüber Oligopolmärkten relativiert hat, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

II. Preismißbrauchsverfahren und wesentlicher Wettbewerb

1. Rechtlicher und ökonomischer Hintergrund

a) Erweiterte Kompetenzen des Kartellamtes aufgrund der Novellierung des Marktbeherrschungstatbestandes vom 03.08.1973

Mit dem Tatbestandsmerkmal "überragende Marktstellung" und den Marktbeherrschungsvermutungen in Form von Marktanteilskriterien erweiterte die Kartellgesetznovelle die Definition des

- 1) Durch eine (weitere) Erleichterung der leistungssteigernden Kooperation sollten kompetitive Marktstrukturen erhalten werden. Dem Abbau der wettbewerbsstrategischen Überlegenheit von Großunternehmen sollte insbesondere § 5b dienen; diese Vorschrift eröffnete weitere Freistellungsmöglichkeiten vom Kartellverbot für Kooperationsvereinbarungen, welche die Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen fördern. Von der gleichen Intention wurden getragen die Mittelstandsempfehlungen des § 38 Abs. 2 Nr. 1 sowie die Neufassung von § 28 Abs. 2, demzufolge Wettbewerbsregeln zukünftig nicht nur zum Schutz des lautereren, sondern auch des "leistungsgerechten" Wettbewerbs aufgestellt werden konnten.
- 2) Von der Abschaffung der vertikalen Preisbindung für Markenwaren sowie der Neuregelung der unverbindlichen Preisempfehlung wurden unmittelbar positive Wirkungen zugunsten der Verbraucher erwartet.
- 3) Durch die Einführung der Zusammenschlußkontrolle sollte das Amt Unternehmenszusammenschlüsse untersagen können, falls zu erwarten war, daß eine marktbeherrschende Stellung entstand oder verstärkt wurde, es sei denn, die beteiligten Unternehmen wiesen nach, daß durch die betreffenden Zusammenschlüsse auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten würden, welche die Nachteile der Marktbeherrschung überwoegen.

Marktbeherrschungsbegriffs. Der Tatbestand der "überragenden Marktstellung" rückte erstmals jene Faktoren in das Blickfeld der wettbewerbspolitischen Analyse von Marktmacht, die den marktstrategischen Handlungsspielraum einzelner Unternehmen oder Unternehmensgruppen konstituieren. Das Machtpotential vertikaler und konglomerater Unternehmensverflechtungen, denen im Rahmen des allgemeinen Konzentrationsprozesses gegenüber rein horizontalen Zusammenschlüssen insbesondere seit Ende der 60er Jahre wachsende Bedeutung zugekommen war, konnte adäquat - wie die Vergangenheit gezeigt hatte - nicht mehr nur durch eine einfache Marktanteilsbetrachtung erfaßt werden, sondern nur durch eine darüber hinausgehende Untersuchung der unternehmerischen Ressourcen. Somit wurde insbesondere seitens des Kartellamtes die positive Umschreibung des Begriffs der überragenden Marktstellung mittels der Kriterien Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen sowie Marktzutrittsschranken als ein "Fortschritt bei der Feststellung der Marktbeherrschung einzelner Unternehmen oder von Unternehmensgruppen (Oligopolen)" begrüßt¹⁾.

Durch diese Neuregelung sah sich die Behörde insbesondere von der Aufgabe entbunden, entsprechend der "Mosaiktheorie" das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs anhand einer Vielzahl negativer Merkmale nachzuweisen²⁾, - ein Unterfangen, das immer wieder angesichts der Tatsache, daß auf Oligopolmärkten mit weitgehend homogenen Waren der Kampf um Marktanteile bei fehlendem Preiswettbewerb mit nichtpreislichen, insbesondere mit "exzessiver Werbekonkurrenz" oder "intransparenten Rabatten" ausgetragen wurde, als aussichtslos bezeichnet worden war³⁾.

1) Vgl. TB 1973, S. 6.

2) Vgl. ebenda.

3) Vgl. TB 1967, S. 17, 1968, S. 12, 1970, S. 11. - Selbst im Teerfarben-Fall wäre nach Ansicht des Kartellamtes der Nachweis einer Marktbeherrschung gem. § 22 Abs. 2 gescheitert, da sich die Anbieter auf den einzelnen Produktmärkten - ungeachtet eines faktischen Parallelverhaltens bei allgemeinen, das ganze Sortiment betreffenden Preiserhöhungen - einen (individuellen) Rabattwettbewerb lieferten (vgl. TB 1971, S. 12). - Zum Zusammenspiel zwischen der Einfügung des Verbots des abgestimmten Verhaltens (§ 25 Abs. 1 GWB) und der Gleichpreisigkeit als Indiz fehlenden Binnenwettbewerbs zwischen Oligopolisten vgl. oben S. 36.

Im gleichen Kontext wurde die Einfügung der widerlegbaren Marktbeherrschungsvermutungen gesehen. Die Einleitung von Mißbrauchsverfahren schien erleichtert zu sein, weil bei ihrem Vorliegen mit einer hohen Wahrscheinlichkeit auf die Existenz einer marktbeherrschenden Position geschlossen werden konnte. Somit vermochten sie auch in jenen Fällen relevant zu werden, "in denen Zweifel an der Wesentlichkeit des Wettbewerbs oder am Vorliegen einer überragenden Marktstellung nicht ausgeräumt werden" konnten¹⁾.

b) Zur Problematik privat administrierter Preise auf Oligopol-
märkten

Solche Reformen wurden vom Kartellamt insbesondere deshalb begrüßt, weil die vormals aktuellen Preisauftriebstendenzen vornehmlich mit den gegen Ende der 60er Jahre verstärkt einsetzenden Konzentrationsbewegungen erklärt wurden und diese wiederum für die Etablierung eines "Systems administrierter Preise" verantwortlich gemacht wurden²⁾.

Für das Kartellamt war es eine empirisch belegbare Erkenntnis, daß auf vermachteten, insbesondere oligopolistisch strukturierten Märkten wesentlicher Wettbewerb weitgehend fehlte, da die Anbieter die Preise überwiegend unter Kosten- und

1) TB 1973, S. 6.

2) Zur Entwicklung der Konzentration in den Jahren 1971-1973 vgl. TB 1972, S. 6 ff.; TB 1973, S. 9 ff. - Nach dem Hauptgutachten der Monopolkommission von 1973/1975 erzielten im Jahre 1973 die jeweils drei größten Unternehmen mehr als ein Viertel und die sechs größten Unternehmen mehr als ein Drittel des Gesamtumsatzes in den einzelnen Industriegruppen (vgl. ebenda, TZ 157, 159, 160). Innerhalb der Gruppe der umsatzstärksten Unternehmen ("Oligopolspitze") erwiesen sich die Unternehmensgrößen als relativ ausgeglichen; dies galt vor allem für niedrig konzentrierte Industriezweige. Die drei größten Unternehmen waren im Durchschnitt doppelt so groß wie die drei nachfolgenden Unternehmen (TZ 179 bis 182). In 24 von 30 Industriegruppen hatte sich der Konzentrationsgrad in der Zeit von 1960-1973 spürbar erhöht, lediglich in 6 Industriegruppen hatte er sich verringert (vgl. TZ 189, 190).

Gewinn Gesichtspunkten festsetzten¹⁾. Dabei brachte eine eigenständige Untersuchung jener Bereiche, in denen der Preiswettbewerb aus strukturellen Gründen oder aufgrund vertraglicher Vereinbarungen weitgehend beschränkt war, für die Bundesrepublik folgende Zahlen an den Tag: Die Zahl der Märkte mit monopolistischen resp. teilmonopolistischen sowie oligopolistischen bzw. teiloligopolistischen Marktstellungen, bei denen die Marktbeherrschungsvermutung des § 22 Abs. 3 als erfüllt angesehen wurden, wurde mit 450 angegeben; auf sie entfiel angeblich ein Produktionswert von über 100 Mrd. DM. Des weiteren wurde für weitere rund 600 Produktionsbereiche mit drei oder weniger Herstellern ein Preiswettbewerb aus strukturellen Gründen für ausgeschlossen gehalten²⁾.

Auch Preismeldestellen, die der "Organisation von Markttransparenz" auf der Angebotsseite dienten und damit zugleich einen "Geheimwettbewerb" durch individuelle Preisnachlässe und Rabattgewährung verhinderten, wurden dem System der privat administrierten Preise zugeordnet, und der Produktionswert der bekannten Preismeldestellen in rund 50 Waren- bzw. Produktionsbereichen wurde auf rund 28 Mrd. Dm beziffert³⁾.

Gesamtumsatzrabattkartelle wurden als ein wirksames Instrument zur Organisierung enger und weiter Oligopole, Teiloligopole oder Teilmonopole, insbesondere auf Märkten mit relativ homogenen Gütern qualifiziert. Ähnlich den Preismeldestellen wurde ihnen die Funktion zugeschrieben, zur Erhöhung der Markttransparenz sowie der Reaktionsverbundenheit unter den Kartellmitgliedern und damit zu einer Beschränkung des Preiswettbewerbs beizutragen. Für Ende 1972 wurden in 23 Produktionsbereichen solche Gesamtumsatzrabattkartelle mit einem Produktionswert von rund 12 Mrd. DM ausgemacht⁴⁾.

1) Zum folgenden, insbesondere zur wettbewerbs- und konjunkturpolitischen Problematik privat administrierter Preise vgl. im einzelnen die Tätigkeitsberichte 1969, S. 14; 1972, S. 5 f.; 1973, S. 14 ff.

2) Vgl. TB 1973, S. 15.

3) Vgl. ebenda.

4) Vgl. ebenda.

Nicht zuletzt eröffneten nach amtlicher Ansicht Preisbindungen, durch die der Preiswettbewerb auf der Einzelhandelsstufe bezüglich der preisgebundenen Erzeugnisse ausgeschaltet wurde, die Möglichkeit zur privaten Administrierung von Preisen. Bei einem geschätzten Anteil von 8% des Gesamtumsatzes des Einzelhandels bedeutete das im Jahre 1972 ein Umsatzvolumen von rund 18 Mrd. DM¹⁾.

Angesichts dieser statistischen Befunde, die nur als erste Annäherungswerte interpretiert wurden, da gesamtwirtschaftlich bedeutende Bereiche, bei denen ebenfalls mit Sicherheit eine kosten- und gewinndeterminierte Preisbildungspolitik anzunehmen war (z.B. Mineralölwirtschaft, Zementindustrie), ausgeblendet waren und zudem der bedeutende Sektor der hoheitlich administrierten Preise (u.a. im Bereich der Versorgungs- und Landwirtschaft sowie im öffentlichen Dienstleistungsbeeich) unberücksichtigt geblieben war, erschien dem Kartellamt "die Erhaltung und - wo immer möglich - Ausweitung des gesamtwirtschaftlichen Bereichs mit wettbewerblicher Preisbildung als eine wettbewerbspolitische Aufgabe von großer Dringlichkeit"²⁾.

Vordringlich war eine solche Zielsetzung, zumal auf vermachteten Märkten, insbesondere auf engen Oligopolmärkten mit relativ homogenen Gütern, nicht nur ein gleichförmiges Verhalten in bezug auf den Aktionsparameter Preis, sondern auch im Bereich der Investitionen beobachtet wurde³⁾. Zugleich wurde die mangelnde Flexibilität der Preise als aktuelles konjunktur- und stabilitätspolitisches Problem gesehen; privat administrierte Preise schienen die vereinten Bemühungen der Bundesregierung und Bundesbank, mit den Mitteln der Nachfragesteuerung die Preissteigerungen einzudämmen, zu konterkarieren. Das traditionelle (marktwirtschaftskonforme) konjunkturpolitische Instrumentarium der Einschränkung der monetären Nachfrage (re-

1) Vgl. ebenda, S. 16.

2) Vgl. TB 1973, S. 16.

3) Vgl. TB 1972, S. 4 f.

striktive Geldpolitik)¹⁾ drohte ineffektiv zu bleiben und zu einem Beschäftigungsrückgang zu führen²⁾.

c) Die Aktualität und Einschlägigkeit der Preismißbrauchsverfahren gegen die Mineralölwirtschaft und pharmazeutische Industrie

Die Aktualität starker Preissteigerungstendenzen, ihre wettbewerbstheoretische Erfassung in Gestalt des Systems der privat administrierten Preise sowie das mit der Novelle von 1973 erweiterte Interventionsinstrumentarium (neuer Tatbestand der überragenden Marktstellung, Marktbeherrschungsvermutung gem. § 22 Abs. 3) veranlaßten das Kartellamt in den Jahren 1973/1974 zur Einleitung mehrerer Preismißbrauchsuntersuchungen, von denen die Verfahren gegen die führenden Unternehmen der Mineralölwirtschaft anlässlich der sog. Erdölkrise von 1973/1974 sowie die jahrelangen Auseinandersetzungen mit zwei führenden Unternehmen der pharmazeutischen Industrie (Firmen

-
- 1) In anderen westlichen Industriestaaten, in denen es ebenfalls zu kräftigen Preis- und Kostenauftriebstendenzen gekommen war, entschieden sich die Regierungen zu Anfang der 70er Jahre zu unmittelbaren Interventionen in Gestalt von Preis- und Lohnstopps.
- 2) Vgl. TB 1972, S. 6. - Die Oligopolisierungstendenzen zahlreicher Märkte wurden auch in Beziehung gesetzt zur Verbraucherpolitik. Auf den meisten Konsumgütermärkten entwickelter Volkswirtschaften, so die kartellamtliche Antithese zum Modell der Konsumentensouveränität, befänden sich die Anbieter in einer überlegenen Position gegenüber den Verbrauchern, deren Wahlfreiheit häufig durch Wettbewerbsbeschränkungen und gesteuerte Marktinformationen eingeengt würde. Die Werbung liefere dem Konsumenten zu wenig objektive Produktinformationen; dieser Informationsmangel verstärke die Oligopolisierungstendenz zahlreicher Märkte mit all ihren negativen Begleiterscheinungen (Beschränkung des Preis- und Qualitätswettbewerbs, Abschließung der Märkte durch hohe Zutrittsschranken, Verhaltensabstimmungen) (vgl. TB 1972, S. 11.)

Merck und Hoffmann-La Roche) besonders aufschlußreich sind¹⁾.

Im Preismißbrauchsverfahren gegen die Mineralölgesellschaften stand unter anderem - gleichsam diesseits der schwierigen Frage, wie bei Preiserhöhungen "marktbedingte" (zulässige) Preiserhöhungen von "machtbedingten" (mißbräuchlichen) Preiserhöhungen zu trennen sind- zur Diskussion, ob (jedenfalls in Krisensituationen) aus der Gleichförmigkeit des Preisverhaltens auf einem "klassischen" Oligopolmarkt (Homogenität der Waren, hohe Markttransparenz, Reaktionsverbundenheit) auf das Fehlen wesentlichen Binnenwettbewerbs i.S. des § 22 geschlossen werden kann²⁾.

Die beiden Verfahren gegen die Unternehmen der pharmazeutischen Industrie wurden vom Kartellamt als "Musterfälle" aufgegriffen, um die bei der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen auf dem Arzneimittelsektor³⁾ aufgetre-

1) Im Frühjahr 1973 wurde ferner das Volkswagenwerk zu einer öffentlichen Anhörung gem. § 53 Abs. 3 GWB geladen. (Vgl. TB 1973, BT-Drucksache VII/2250, S. II). Des weiteren wurden die im Mai und Juni 1974 erfolgten Preiserhöhungen der drei größten deutschen Hersteller von Personenkraftwagen der Klein- und Mittelklasse unter dem Aspekt eines Preismißbrauchs überprüft, weil trotz erheblicher Absatzrückgänge die Preise nicht unerheblich erhöht wurden. Die öffentlichen Verhandlungen vor dem Kartellamt führten zwar nicht zu einer Widerlegung der Vermutung, daß die drei Hersteller angesichts ihres erheblich über 50% hinausgehenden Marktanteils marktbeherrschend waren (§ 22 Abs. 3 Nr. 2 a). Da jedoch festgestellt wurde, daß insbesondere die Kostensteigerung für Löhne und Vormaterial die Mehrerlöse übertrafen sowie angesichts der nur begrenzten Möglichkeiten der Hersteller, die Mehrbelastung durch Rationalisierungsmaßnahmen aufzufangen, sowie unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus den Lizenz- und Beratungsverträgen mit den Beteiligungsgesellschaften wurde das Verfahren eingestellt (vgl. TB 1974, S. 54). - Diese sowie die Verfahren gegen die Automobilhersteller im Frühjahr 1976 und im Jahre 1977, die ebenfalls eingestellt wurden (vgl. TB 1976, S. 53; TB 1977, S. 24, 56), sind für die vorliegende Untersuchung nicht aufschlußreich, weil sie sich zur Frage des Stellenwertes des Preises bei der Bestimmung des Marktbeherrschungstatbestandes nicht auslassen.

2) Vgl. unten S. 209.

3) Vgl. oben S. 181 ; TB 1968, S. 18 ff.; 1969, S. 72.

tenen Rechtsfragen klären zu lassen¹⁾. Nicht nur die prinzipielle Zulässigkeit von Preiskontrollen sowie die Möglichkeiten und insbesondere die Grenzen einer Preisüberhöhungsfeststellung im Einzelfall standen zur Diskussion. In gleicher Weise wurden im Rahmen der Marktbeherrschung u.a. die folgenden Fragen virulent:

Stellt die Berücksichtigung der Marktergebnisse im Rahmen des Marktbeherrschungsnachweises, wie sie vom Kartellamt anlässlich der ersten Preismißbrauchsverfahren praktiziert worden war²⁾, einen rechtmethodisch unzulässigen Rückschluß vom Mißbrauch auf das Vorliegen einer Marktbeherrschung dar? Kann der Nachweis der Marktbeherrschung nicht jedenfalls dann, falls das Preis- und sonstige Marktverhalten sowie die Marktstruktur und ihre Veränderung im Zeitablauf für eine Marktbeherrschung sprechen, nicht ergänzend auf schlechte Marktergebnisse rekurrieren?

Ferner: Sind bei der Prüfung der Marktbeherrschung - so die vormals von der Judikatur favorisierte Mosaiktheorie - alle Wettbewerbsfaktoren in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen, weil auch einzeln gesehen wenig wirksame Formen des Wettbewerb in ihrer Summierung wesentlichen Wettbewerb konstituieren können? Oder kann der Marktbeherrschungstatbestand auch - in Übereinstimmung mit der vom Kartellamt vertretenen Parametertheorie - dann bejaht werden, wenn die Unternehmen lediglich bezüglich des für das mißbräuchliche Verhalten maßgeblichen Aktionsparameters wettbewerblich nicht kontrolliert werden? Kann insbesondere fehlender Preiswettbewerb durch intensiven Wettbewerb mit anderen Mitteln (z.B. Produkt- und Werbungswettbewerb) kompensiert werden?

Welche Antworten die Rechtsanwendungsorgane auf solche für den vorliegenden Untersuchungszusammenhang zentralen Fragen gegeben haben, soll im folgenden nachgezeichnet werden.

1) TB 1974, S. 62 ff.

2) Vgl. oben S. 179.

2. Preismißbrauchsverfahren gegen Mineralölgesellschaften an- läßlich der Erdölkrise 1973/1974

a) Zur außergewöhnlichen Krisensituation

Aufschluß über das Interpretationsverständnis des EKarta sowie des KG bezüglich des Tatbestandsmerkmals "wesentlicher Wettbewerb" i.S. des § 22 Abs. 2 geben die beiden Verfahren, die anläßlich der sog. Erdölkrise gegen die Mineralölunternehmen Texaco, BP, Gelsenberg, Veba, Shell und Esso wegen des Verdachts des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Fordern zu hoher Preise bei leichtem Heizöl, Vergaser- und Dieselkraftstoff sowie gegen die BP und Texaco wegen überhöhter Tankstellenpreise bei Vergaserkraftstoffen zu Beginn des Jahres 1974 eingeleitet worden sind.

Der allgemeine Hintergrund dieser beiden Verfahren läßt sich grob wie folgt skizzieren:

Verbunden mit einer Herabsetzung der Rohölförderung und -verladung in den Förderländern, die freilich in der Bundesrepublik die Deckung des Bedarfs nicht nachhaltig beeinträchtigte, verteuerten sich die Mineralölprodukte gegen Ende 1973 auf dem inländischen Markt erheblich. Die Rohöleinstandspreise frei deutsche Grenze erhöhten sich infolge zweimaliger Steigerungen der Rohölpreise durch die Förderländer innerhalb weniger Wochen und gestiegener Frachtraten um etwa das Dreifache.

Noch stärker stiegen die Preise für den inländischen Importhandel. Um die Jahreswende 1973/74 waren die Notierungen in Rotterdam bis zu sechsmal höher als vor Beginn der Krise. Teilweise lagen die Einkaufspreise des Importhandels beträchtlich über den Fertigproduktpreisen, welche die inländischen Raffineriegesellschaften ihren Lieferanten zahlen mußten. Infolgedessen spalteten sich die Märkte vor allem für Vergaserkraftstoff und leichtes Heizöl, wodurch die zahlreichen Importeure sowie ihre Kunden besonders betroffen wurden. Bei Vergaserkraftstoffen hielt sich die Marktspaltung am längsten und veränderte die Angebotsstruktur nachhaltig: Zahlreiche der vom Importhandel belieferten freien Tankstellen mußten den Verkauf wegen nicht mehr wettbewerbsfähiger Preise vorübergehend oder sogar endültig einstellen. Teilweise mußten auch Agenturverträge mit führenden Mineralölgesellschaften eingegangen werden.

Dadurch konnten die Mineralölgesellschaften in beträchtlichem Umfang Marktanteile, die sie vormals an den unabhängigen Mineralölhandel verloren hatten, zurückgewinnen. Inwieweit die ausländischen Konzernfirmen der internationalen Mineralölgesellschaften auf die hohen Preise des inländischen Importhandels Einfluß genommen hatten, ließ sich angesichts des begrenzten Geltungsbereiches des Kartellgesetzes nicht rekonstruieren. Ebenso wenig konnte festgestellt werden, ob die internationalen Mineralölgesellschaften die Rohölverteuerungen der Förderländer mit überproportionalen Handelsaufschlägen an ihre im Inland tätigen Tochtergesellschaften sowie an andere Abnehmer weitergegeben hatten¹⁾.

b) Kartellamtliches Verfahren gegen die führenden Mineralölgesellschaften

Anlässlich dieser außergewöhnlichen Krisensituation, die u.a. dazu geführt hatte, daß von Oktober 1973 bis Januar/Februar 1974 die Tankstellenpreise für Vergaserkraftstoffe und Dieselmotorkraftstoffe um jeweils etwa 13 Pfennig und die Verbraucherpreise für leichtes Heizöl um etwa 14 Pfennig gestiegen waren, leitete das Kartellamt auf Ersuchen des Bundesministers für Wirtschaft Preismißbrauchsverfahren gegen die führenden Mineralölgesellschaften ein.

Für eine mißbräuchlich überhöhte Preispolitik bei Vergaserkraftstoffen, Dieselmotorkraftstoff und leichtem Heizöl sprach nicht so sehr die Tatsache, daß die Gesellschaften die Verbraucherpreise bei anderen Produkten (z.B. bei schwerem Heizöl) in erheblich geringerem Maße angehoben hatten. Der Verdacht gründete sich "in erster Linie auf die beträchtlichen Gewinnsteigerungen"²⁾ der Unternehmen, insbesondere der ausländischen Muttergesellschaften. Deren Gewinne überstiegen die jeweiligen

1) Vgl. zu den Einzelheiten TB 1974, S. 42 ff.

2) TB 1974, S. 42.

Vorjahresergebnisse auch bei Ausklammerung von Währungs- und Buchgewinnen um bis zu 300%. Aus der Aussage des Präsidenten der Exxon-Gruppe (Garwin), 83% der Gewinnsteigerung sei in der östlichen Hemisphäre (=Westeuropa) erzielt worden, sowie aus der Tatsache, daß die Verbraucherpreise der wichtigsten Mineralölprodukte in den anderen westeuropäischen Ländern auf einem niedrigen Niveau staatlich fixiert waren, schloß das Kartellamt, daß die Gewinne zu einem großen Teil in der Bundesrepublik erzielt worden waren¹⁾.

Bezüglich des Marktbeherrschungstatbestandes ging das Kartellamt davon aus, daß die Mineralölunternehmen bei Vergaserkraftstoffen, Dieselmotorkraftstoff und leichtem Heizöl "mindestens in dieser durch Knappheit gekennzeichneten Phase extrem hoher Weltmarktpreise" ein marktbeherrschendes Oligopol bildeten²⁾.

Eine genaue Aufhellung der Zusammenhänge war nicht möglich, da dem Amt lediglich die Kalkulationsunterlagen über die Rohöl- und Produktionsbeschaffungskosten der Mineralölgesellschaften vorlagen. Die "Kernfrage" nach der Entwicklung der Rohölkosten der ausländischen Muttergesellschaften für Rückkauföl (sprich: Staatsöl aus der Beteiligung der Förderstaaten an der Erdölförderung, so daß die Konzerngesellschaften ein Bezugsrecht haben) sowie für Zukauföl (sprich: Öl, das von den Förderstaaten im Wege der Versteigerung oder von anderen Ölgesellschaften angeboten wird) konnte nicht geklärt werden³⁾.

1) Vgl. ebenda, S. 43; ferner die Presseinformationen des Amtes vom 19.03. sowie 04.04.1974 über die Hearings, WuW 1974, S. 323 ff.

2) TB 1974, S. 42.

3) Während im Zusammenhang mit anderen Verfahren Vorbereitungen getroffen wurden, um solche und weitere Grunddaten der Muttergesellschaften in Erfahrung zu bringen, kam es infolge rasch sinkender Notierungen in Rotterdam für Vergaserkraftstoffe teilweise zu erheblichen Reduzierungen der inländischen Tankstellenpreise. Wegen dieser veränderten Marktverhältnisse wurde der Mißbrauchsverdacht nicht mehr aufrechterhalten und das Verfahren wurde eingestellt (vgl. im einzelnen zum Vorstehenden TB 1974, S. 42 ff.; ferner die Presseinformationen des Amtes vom 19.03. sowie 04.04.1974 über die Hearings, WuW 1974, S. 323 ff.).

c) Vergaserkraftstoffverfahren gegen BP

Noch während der Dauer des vorstehend skizzierten Verfahrens (am 10.04.1974) wurden die Vergaserkraftstoffe, die gegenüber Juni 1973 um 12. bis 15% gestiegen waren, von den Unternehmen BP und Texaco nochmals um 1 Pfennig erhöht. Zwei weitere Gesellschaften (Esso und Shell) kündigten Preiserhöhungen von 1 bis 2 Pfennig an, die jedoch angesichts drohenden Einschreitens des Amtes nicht durchgeführt wurden. Den Unternehmen BP und Texaco gab das Kartellamt (mit Beschluß vom 22.04.1974) im Wege der einstweiligen Anordnung auf, für Vergaserkraftstoffe keine höheren Preise als am 09.04.1974, dem Zeitpunkt der letzten Preiserhöhung, zu fordern. Texaco erklärte sich unter Verzicht auf das Einlegen von Rechtsmitteln bereit, die Preise nicht über den augenblicklichen Stand autonom anzuheben, sondern nur im Wettbewerb erforderlich werdende örtliche Preisangleichungen vorzunehmen. Der BP wurde durch Verfügung in der Hauptsache die Erhöhung der Vergaserkraftstoffe unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung untersagt (§ 63 a GWB).

Bezüglich der Feststellung eines marktbeherrschenden Oligopols ging das Kartellamt davon aus, daß BP zusammen mit den anderen führenden Mineralölkonzernen (Aral, Esso, Shell und Texaco) bei Vergaserkraftstoffen nicht im wesentlichen Wettbewerb stand und zusammen mit diesen Unternehmen gegenüber den sonstigen Anbietern eine überragende Marktstellung (§ 22 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 2) innehatte; im einzelnen: Gemessen an dem Gesamtumsatz über Tankstellen in der Bundesrepublik wurde der Marktanteil der fünf Unternehmen mit ihren direkten und indirekten Lieferungen über Tankstellen auf 73,6% veranschlagt. Somit waren die Voraussetzungen der Marktbeherrschungsvermutung gem. § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 b erfüllt.

Die fünf Gesellschaften befanden sich nach behördlicher Ansicht auf nicht in wesentlichem Wettbewerb untereinander: Nennenswerte Preisunterschiede, so wurde argumentiert, könnten nicht aufrechterhalten werden. Singuläre regionale Preisdifferenzen indizierten keinen wesentlichen Wettbewerb. Seien die bis Januar 1974 erfolgten Preiserhöhungen notfalls noch mit Kostensteigerungen zu legitimieren, so gelte dies nicht mehr für die jüngsten Preiserhöhungen. Auch Marktanteilsverschiebung

gen belegten keinen wesentlichen Wettbewerb. Sie seien lediglich darauf zurückzuführen, daß die Unternehmen ihre Tankstellennetze in unterschiedlichem Umfang aus Rationalisierungserwägungen vermindert oder ergänzt hätten.

Ferner wurde den fünf Unternehmen eine überragende Marktstellung dank ihrer besonderen Finanzkraft sowie ihrer Zugangsmöglichkeiten zu Absatz- und Beschaffungsmärkten zugeschrieben. Schließlich wurde darauf abgehoben, daß unter den aktuellen Umständen der Wettbewerbsspielraum dritter Unternehmen besonders gering sei, da diese weitgehend von Lieferungen der Oligopolgruppe abhingen. Zum Beweis wurde auf die zunehmende Zahl von Tankstellen verwiesen, die von den Drittunternehmen in letzter Zeit an die Mitglieder der Oligopolgruppe veräußert oder verpachtet worden waren. Der Mißbrauchsvorwurf wurde damit begründet, daß die Gewinnausweise vergleichbarer internationaler Gesellschaften für das erste Quartal 1974 keine ungedeckten Kostenüberhänge erkennen ließen und zusätzliche Kostensteigerungen bei Konzernlieferfirmen nicht eingetreten waren. Eine isolierte Preiserhöhung bei Vergaserkraftstoffen (entgegen dem Preistrend bei den übrigen Mineralölprodukten) konnte nur mit einer marktbeherrschenden Stellung erklärt werden¹⁾.

Das KG hat dem Antrag der BP, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die kartellamtliche Verfügung wiederherzustellen, stattgegeben:²⁾ Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Mißbrauchsverfügung wurden bereits im Hinblick auf das Vorliegen eines marktbeherrschenden Oligopols geäußert. In Übereinstimmung mit seiner bereits in früheren Verfahren geäußerten Ansicht³⁾ gingen die Richter für den Regelfall davon aus,

1) Der Beschluß des Kartellamtes vom 22.04.1974 gegen BP und Texaco ist nicht veröffentlicht; vgl. zur Rekonstruktion der Begründung TB 1974, S. 43 ff.; ferner die Presseinformation des Kartellamtes vom 29.04.1974, WuW 1974, S. 398 ff., sowie die Gegendarstellung der BP vom selben Tag.

2) WuW/E OLG 1467 ff.

3) Vgl. oben S. 192 ff.

"daß Preisgleichheit nicht notwendiger Ausdruck fehlenden Wettbewerbs ist und daß Preisunterschiede wegen der Homogenität des Vergaserkraftstoffes, der hohen Markttransparenz sowie der oligopolistischen Reaktionsverbundenheit gar nicht aufrechterhalten werden können"¹⁾.

Das Gericht vermißte eine eingehende Analyse der Marktstruktur mit einer genauen Gegenüberstellung der Preisentwicklung bei den einzelnen Unternehmen unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Kostenlage, eine Überprüfung der internationalen Unternehmensverflechtungen sowie Ausführungen darüber, wie dieselben Unternehmen bei umsatzstarken Mineralölprodukten in einem funktionsfähigen Wettbewerb stehen könnten, bei Vergaserkraftstoffen hingegen nicht.

Auch die zum Nachweis eines Preismißbrauchs angeführten Gründe wurden - trotz gewisser Verdachtsmomente - letztlich nicht als stichhaltig akzeptiert²⁾.

3. Verfahren gegen Merck (Vitamin-B-12)

a) BKartA: Stillegung des Preises und Fehlen sonstiger Marktleistungen als Indikatoren einer marktbeherrschenden Einzelstellung trotz rückgängiger Marktanteile (§ 22 Abs.1 Nr. 1, 2. Alt. bzw. Abs. 1 Nr. 2)

Diesem Verfahren lag im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Die Fa. Merck verlangte für ihre Vitamin-B-12-Präparate beim Vertrieb über öffentliche Apotheken seit Jahren Preise, die erheblich über den Preisen lagen, welche das Unternehmen für dasselbe Präparat und/oder andere Arzneimittelhersteller für chemisch gleiche Präparate bei der Belieferung von

1) WuW/E OLG 1460.

2) Ebenda, 1469 f. unter Ziff. 2; vgl. ferner zu diesem Verfahren sowie zur Kritik an der Praxis des Kartellamtes, das Verhalten einzelner Oligopolunternehmen unabhängig von seinem Bezug auf die gemeinsame Marktbeherrschung zu beurteilen und damit auf einen Kausalzusammenhang von Marktbeherrschung und Mißbrauch zu verzichten, Monopolkommission, Sondergutachten I, S. 24 ff.

Krankenhausvollapotheken sowie auf ausländischen Vergleichsmärkten, insbesondere in der Schweiz fordertern¹⁾.

Das Kartellamt sah in der Preisstellung die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und gab der Fa. Merck mit Beschluß vom 21. März 1974 auf, die Herstellerabgabepreise an den pharmazeutischen Großhandel für den Absatz der öffentlichen Apotheken der Bundesrepublik für verschiedene Vitamin-B-12-Produkte um 60 bzw. 70% zu senken²⁾.

Nach Ansicht des Amtes war die Fa. Merck marktbeherrschend sowohl nach § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. als auch nach § 22 Abs. 1 Nr. 2:

Daß die Fa. Merck keinem wesentlichen Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. ausgesetzt war, wurde vornehmlich mit der seit Jahren praktizierten autonomen Preispolitik begründet, die trotz Rückgang der (mengenmäßigen) Marktanteile nicht geändert worden sei. Nach wie vor sei die Fa. Merck, die einen erheblichen Vertrauensvorsprung gegenüber ihren Mitbewerbern besitze, der mit Abstand umsatzgrößte Marktführer. Zahlreiche Ärzte gäben ihren Erzeugnissen den Vorzug, obwohl die Preise "um ein Mehrfaches, z.T. um mehr als das Dreifache, über

1) Genauer: Auf dem Markt für hochdosierte Vitamin-B-12-Präparate, einem seit 1966 insgesamt mengen- und wertmäßig stagnierenden Markt, gab es Anfang 1970 insgesamt 11 Inlandsanbieter, von denen die Firmen Merck, Steigerwald (St.) und Ankermann (A.) mit einem mengenmäßigen Marktanteil von ca. 77% als Angebotsoligopolisten anzusehen waren. Während die Fa. Merck ihre Preise (im Absatzbereich der öffentlichen Apotheken) über Jahre hinweg nicht senkte, betrieben die Konkurrenten eine niedrige Preispolitik, teils in Verbindung mit einer starken Außenwerbung (so St.). Infolgedessen ging der (mengenmäßige) Marktanteil der Fa. Merck von 32,3% (1966) auf 22% (1972) kontinuierlich zurück, während die Mitbewerberin St. ihren Marktanteil von 8,9% (1966) auf 31,9% (1972) ständig steigern konnte und der Marktanteil der Fa. A. sich nur verhältnismäßig geringfügig von 26,4% (1966) auf 23,3% (1972) verringerte. Wertmäßig (gemessen am Umsatzanteil) war die Fa. Merck mit 40,6% (1972) nach wie vor eindeutiger Marktführer (im Verhältnis zu St. mit 21,1% und zu A. mit 18,9%).

2) WuW/E BKartA 1482 ff.

denen vergleichbarer Konkurrenzpräparate" lägen¹⁾. Angesichts solcher "objektiv unwirtschaftlicher Verschreibungsweisen"²⁾ vermöge der bereits eingetretene und weiter drohende Rückgang der Marktanteile die Absatzpolitik der Betroffenen nicht zugunsten der Verbraucher zu beeinflussen. Zwar würden Marktanteilsverluste eine Unternehmung regelmäßig veranlassen, sich durch verbesserte Leistungen den Marktbedingungen anzupassen. Davon könne aber vorliegend angesichts der geringen preislichen Reagibilität der Nachfrage nicht ausgegangen werden.

In diesem Zusammenhang geht das Amt auch der Frage nach, ob der fehlende Preiswettbewerb nicht durch den Einsatz anderer Wettbewerbsparameter kompensiert werden kann.

Service- und anerkennenswerte Forschungsleistungen, so heißt es generalisierend, können "nicht ohne weiteres zur Verneinung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Andernfalls käme man zu dem Ergebnis, daß derartige Aktivitäten jeden Preismißbrauch rechtfertigen würden. Etwas anderes würde nur gelten, wenn durch solche Wettbewerbsmittel die Marktleistung für eine bestimmte Art von Waren entscheidend geprägt würde"³⁾. Eine solche die Marktleistung entscheidend prägende Wettbewerbsaktivität wurde im konkreten Fall gleichermaßen für die Ärztinformationen wie die Forschungstätigkeit verneint. Eine Ärztinformation war nach Ansicht des Amtes "weitgehend entbehrlich", da das Präparat seit nahezu 25 Jahren eingeführt war, seine Anwendung allgemein bekannt war und Fortschritte in Einzelheiten seitens der Fa. Merck nicht propagiert wurden. Überdies wurde darauf verwiesen, daß ein früheres Verhalten der Betroffenen (Streichung wichtiger Indikatoren in der roten Liste 1971 gegenüber 1969 ohne entsprechende Änderungen des Präparate-Programms) mehr vom kaufmännischen Kalkül denn von therapeutischen Erwägungen bestimmt und Gegenstand einer nicht unberechtigten fachlichen Kritik gewesen war.

1) WuW/E BKartA 1484 f.

2) Ebenda, 1485.

3) Ebenda, 1487.

Auch der Hinweis auf Forschungsaktivitäten wurde nicht akzeptiert. Soweit diese überhaupt als marktbezogene Forschungsleistungen gelten könnten, hätten sie die Marktleistung für Vitamin-B-12-Präparate nicht entscheidend geprägt (in Stichworten: keine gewerblichen Schutzrechte der Fa. Merck; kaum entscheidende Pionierarbeit). Die allgemeine Forschung wurde ebenfalls nicht als kompensatorische Leistung betrachtet, weil sie nicht erfolgt sei, um gerade den Absatz von Vitamin-B-12-Spezialitäten gegenüber anderen Anbietern zu fördern oder zu behaupten¹⁾.

Die ebenfalls vorliegende überragende Marktstellung i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 2 ergab sich nach Ansicht des Amtes aus dem hohen Marktanteil, der gegenüber den übrigen Anbietern wesentlich höheren Finanzkraft und aus den Marktzutrittsschranken für kleinere oder neu auf den Markt kommende Anbieter²⁾.

Der Mißbrauchsvorwurf wurde vornehmlich erbracht mit Hilfe des räumlichen Vergleichsmarktkonzeptes: Die Preise von Merck betrugen etwa das Zwei- bis Dreifache anderer Anbieter im Bereich der öffentlichen Apotheke und bis zum Vierfachen der von den Krankenhaus-Vollapotheken gezahlten Preise. In der Schweiz bezifferten sich die Preise - infolge von Wirtschaftlichkeitshinweisen des dortigen Bundesamtes für Sozialversicherung nur auf ein Viertel jener Preise, die Merck in der Bundesrepublik forderte³⁾.

- b) KG: Stilllegung des Preises als Indikator einer überragenden Marktstellung trotz (weiteren) Rückgangs des Marktanteils (§ 22 Abs. 1 Nr. 2)

Als Anfang 1975 über die Beschwerde der Fa. Merck zu befinden war, war deren (mengenmäßiger) Marktanteil um ein

1) WuW/E BKartA 1487 f.

2) Ebenda, 1488.

3) Ebenda, 1490 f.

weiteres zurückgegangen (von 22% (1972) auf 20,9% (1974)). Der Marktanteil der Fa. A. hatte sich ebenfalls verringert (von 23,9% (1972) auf 22,4% (1974)), während der Marktanteil der Firma St. wiederum gestiegen war (von 31,9% (1972) auf 33,9% (1974)). Hinsichtlich des wertmäßigen Anteils am Gesamtumsatz für Vitamin-B-12-Präparate war Merck jedoch nach wie vor führend; insoweit übertraf sie den absatzmäßigen Marktführer St. um mehr als 50%. Das KG hat die Entscheidung des Amtes im wesentlichen bestätigt, allerdings die Verfügung teilweise aufgehoben, indem es die als nicht mißbräuchlich anzusehenden Preise um etwa 25% höher angesetzt hat¹⁾.

Offengelassen wurde vom Gericht, ob - in Übereinstimmung mit der Primärbegründung des BKartA - der Tatbestand des § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. zu bejahen sei. Jedenfalls habe die Beschwerdeführerin eine überragende Marktstellung gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2:

Der Begriff der überragenden Marktstellung wurde unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien als Auffangtatbestand definiert. Der Gesetzgeber habe den Kartellbehörden durch den 1973 eingeführten neuen Marktbeherrschungstatbestand der Verpflichtung enthoben, erst anhand einer Vielzahl von negativen Merkmalen ("Mosaikmethode") nachzuweisen, daß kein wesentlicher Wettbewerb bestehe. Gemäß der Regierungsbegründung könne sich die überragende Marktstellung eines Unternehmens in seiner überragenden Möglichkeit zur Entwicklung unterschiedlicher Marktstrategien manifestieren, ebenso auch in seinem Verhaltensspielraum beim Einsatz einzelner Aktionsparameter. Ein überragender Verhaltensspielraum bei der Entwicklung von Marktstrategien könne beispielsweise darin gesehen werden, daß ein Unternehmen - im Gegensatz zu seinen Konkurrenten - nicht nur auf den Einsatz der Aktionsparameter Preis oder Qualität angewiesen sei, vielmehr dank seiner Finanzkraft zusätzliche Strategien entwickeln könne (z.B. Werbekampagnen, Vertriebsbindungen oder Gestaltung der Rechtskonditionen)²⁾.

1) WuW/E OLG 1599 ff.

2) WuW/E OLG 1601 f.

Demgemäß bejahte das Gericht mit Rücksicht auf die unzureichende therapeutisch-pharmalogische und preisliche Transparenz des Marktes für öffentliche Apotheken sowie angesichts des besonderen Vertrauensvorsprungs der Fa. Merck bei den verschreibenden Ärzten eine überragende Marktstellung. Nur dank dieses Vertrauensvorsprungs, so wurde weitgehend in Anlehnung an die Erwägungen des Kartellamtes ausgeführt, habe sich die Betroffene auf dem relativ intransparenten Markt dem Zwang zur Preisanpassung entziehen können. Marktanteilsverluste auf einem insgesamt stagnierenden Markt belegen nach Ansicht des Gerichts nicht den Verlust einer marktbeherrschenden Stellung¹⁾.

Die Überzeugung, daß die von Fa. Merck geforderten Vitamin-B-12-Preise mißbräuchlich waren, wurde ebenfalls anhand des Vergleichmarktkonzeptes gewonnen²⁾.

- c) BGH: Keine überragende Marktstellung mehr mit Rücksicht auf die in die Gesamtbetrachtung einzubeziehenden Wettbewerbsverhältnisse

Der BGH hat die Entscheidung des KG im Ergebnis mit der Begründung aufgehoben, Merck sei zumindest im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem KG nicht mehr marktbeherrschend i.S. von § 22 Abs. 1 Nr. 2 gewesen³⁾.

Durch das Auftreten von Konkurrenten mit teilweise erheblich niedrigeren Preisen sei der mengenmäßige Marktanteil der Fa. Merck seit 1966 kontinuierlich zurückgegangen. Trotz ihres Vertrauensvorsprungs und trotz der Besonderheiten des Arzneimittelmarktes habe daher die Betroffene ihre gegenüber den Mitbewerbern erheblich höheren Preise nicht durchsetzen können; vielmehr habe sie mit einer Einbuße an ihrem bisherigen (mengenmäßigen) Marktanteil dafür bezahlt.

1) Vgl. im einzelnen WuW/E OLG 1499 ff.

2) Ebenda, 1606 ff., 1609 ff.

3) BGHZ 67, 104 ff.

Im Gegensatz zum KG hat der BGH dem Umstand, daß der wertmäßige Marktanteil der Fa. Merck am Gesamtumsatz um mehr als die Hälfte über dem Marktanteil der mengenmäßig absatzführenden Fa. St. lag, keine entscheidende Bedeutung beigemessen. Dank ihrer Qualitäts- und Vertrauensanstrengungen habe sich die Betroffene zwar einen - gerade auf dem Arzneimittelmarkt besonders wertvollen - Vertrauensvorsprung verschaffen, der ihr eine autonome Preisgestaltung ermögliche. Daraus könne indes nicht ohne weiteres eine überragende Marktstellung abgeleitet werden; denn gerade aufgrund ihrer Preisgestaltung habe die Betroffene erhebliche Umsatzeinbußen hinnehmen müssen¹⁾.

Zu dieser letztlich auch die Wettbewerbsverhältnisse in die Gesamtanalyse einbeziehenden Wertung kommt der BGH aufgrund eines entsprechenden Interpretationsverständnisses des § 22 Abs. 1 Nr. 2:

Zwischen § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. und Nr. 2 wird zwar ein "echtes" Alternativverhältnis angenommen, so daß es für das Vorliegen einer überragenden Marktstellung zunächst ohne Belang ist, ob das einzelne Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist.

Gleichwohl kann das Vorliegen einer überragenden Marktstellung nach Ansicht des BGH nur aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände, zu denen auch die Wettbewerbsverhältnisse

1) Vgl. BGHZ 67, S. 115 ff.

gehören, beurteilt werden¹⁾).

4. Verfahren gegen Hoffmann-La Roche ("Valium-Librium")

a) Überblick über die verschiedenen Entscheidungsstationen

aa) Beschluß des BKartA vom 16. Oktober 1974

Mit Beschluß vom 16. Oktober 1974 gab das Kartellamt der Firma Hoffmann-La Roche auf, ihre Herstellerabgabepreise für die Tranquillizer Valium und Librium um 40 bzw. 35% zu senken²⁾.

Die Normadressateneigenschaft wurde vornehmlich mit einer teilmonopolistischen Einzelmarktstellung gem. § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. begründet, weil Hoffmann-La Roche auf dem Markt für Tranquillizer keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sei. Dafür sprächen insbesondere die hohen Marktanteile von 53,3 % beim Absatz über öffentliche Apotheken und von ca. 85%

1) Daß die Entstehungsgeschichte des § 22 Abs. 1 Nr. 2 nicht die Annahme belegt, der Gesetzgeber habe die Mißbrauchsaufsicht auf marktstarke Unternehmen ohne Berücksichtigung der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt erstrecken wollen, wurde im Rahmen der Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens (vgl. oben S. 60 f.) aufgezeigt. Von eben dieser Gesetzesgeschichte ließ sich auch der BGH bei seiner Interpretation leiten, wie sich insbesondere aus dem Beitrag des (vormaligen) Kartellsenatspräsidenten Fischer, ZGR 1978, S. 235 ff. (242 ff.) ergibt. - Das Alternativverhältnis zwischen den beiden Tatbeständen einer marktbeherrschenden Einzelstellung wurde vom BGH insbesondere im Valium-Beschluß vom 16.12.1976 (BGHZ 68, 23 ff.) deutlich herausgestellt. Hier konnte nach Auffassung des Gerichts § 22 Abs. 1 Nr. 1 nicht bejaht werden, da angesichts eines "beachtlichen" Innovations- und Werbungswettbewerbs Zweifel bestanden, ob Hoffmann-La Roche "keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt" war. Das Vorliegen einer überragenden Marktstellung konnte hingegen bejaht werden. Bei dieser Sachverhaltsgestaltung hat der BGH ein "echtes" Alternativverhältnis zwischen den Tatbeständen der Nr. 1 und Nr. 2 angenommen (vgl. ebenda, S. 28 ff.). - Zum vormals kontroversen Interpretationsverständnis der überragenden Marktstellung vgl. die zahlreichen Literaturnachweise bei Fischer (ebenda; ergänzend: Monopolkommission, Hauptgutachten 1976/1977, S. 213 f.; unter spezieller national-ökonomischer Würdigung vgl. Willeke, WuW 75, S. 533 ff.; Schöppe, DB 1977, S. 385 ff.).

2) WuW/E BKartA 1526 ff.; TB 1974, S. 63 ff.

beim Absatz über Krankenhäuser sowie die Tatsache, daß Hoffmann-La Roche seit der Markteinführung der beiden Präparate in den Jahren 1960 bzw. 1963 die Preise für beide Arzneimittel trotz Verlustes der Alleinstellung auf dem Markt im wesentlichen beibehalten habe. Ferner wurden beim Marktbeherrschungsnachweis die hohen und langfristig erzielten Gewinne mitberücksichtigt. Darüber hinaus wurde das Ausmaß, in welchem über die beiden Präparate im Wege der Deckungsbeitragsrechnung auf Dauer Kosten verrechnet wurden, in die Bewertung mit einbezogen¹⁾.

Den Nachweis der Mißbräuchlichkeit der Valium- und Librium-Preise erbrachte das Amt mittels eines internationalen Preisvergleichs: Die deutschen Valiumpreise lagen über denen sämtlicher EG- und EFTA-Staaten, so z.B. um 50% über den Preisen in Frankreich und Italien. Sie hatten rund das Dreifache der Preise in Großbritannien ausgemacht, bevor die dortige Regierung im April 1973 eine Senkung um 75% bei Valium und um 60% bei Librium angeordnet hatte²⁾.

Zur Ermittlung der zulässigen Preisobergrenze verglich das Amt die Preise die Roche-Deutschland an die Muttergesellschaft für den Valium- und Libriumwirkstoff entrichtete, mit den Preisen, die sich auf dem italienischen Markt - auf dem kein Patentschutz bestand - herausgebildet hatten. Danach zahlte Roche-Deutschland an die Muttergesellschaft in Basel im Jahre 1973 für den Valium-Wirkstoff rund das 90fache und für den Librium-Wirkstoff rund das 28fache der italienischen Preise, woraus das Amt schloß: Selbst bei prinzipieller Übernahme aller anderen angegebenen Kosten einschließlich der Forschungs- und Werbeausgaben sowie einem durchschnittlichen Gewinn von 22,4% vor Steuern für den gesamten Bereich Arzneimittelspezialitäten Inland müßten die Preise für Valium und Librium um ca. 41% bzw. ca. 35% unter den tatsächlich geforderten Preisen liegen. Die verfügbaren Preissenkungen stellten daher nur eine "extreme" Grenze dar, oberhalb derer die Preise mit Sicherheit als mißbräuchlich zu qualifizieren seien³⁾.

1) WuW/E BKartA 1527 ff.

2) Vgl. ebenda, 1535 ff.

3) Vgl. ebenda, 1536 ff.

bb) Beschluß des KG vom 05. Januar 1976

Die kartellamtliche Verfügung wurde vom KG durch Beschluß vom 05. Januar 1976 dem Grunde nach bestätigt, wobei indes (wiederum) eine höhere Preismißbrauchsgrenze gezogen wurde, indem die Preissenkungen für beide Präparate auf 28% festgesetzt wurden¹⁾.

Die Feststellung der Marktbeherrschung wurde vornehmlich mit dem Fehlen wesentlichen Wettbewerbs (§ 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt.) begründet. Hilfsweise stützte sich das Gericht auf die Annahme einer überragenden Marktstellung gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2²⁾.

Bei der Mißbrauchsprüfung knüpfte das Gericht an die bereits in der Merck-Entscheidung entwickelten Grundsätze an. Als Maßstab zur Ermittlung wettbewerbsanaloger Preise und zur Bestimmung des Mißbrauchs wurde mithin im Rahmen der Als-Ob-Theorie das Vergleichsmarktkonzept zugrundegelegt und damit die vom Kartellamt ergänzend herangezogene Gewinnüberprüfung zurückgewiesen. Insoweit wurden die Preise eines niederländischen Konkurrenten als Vergleichsmaßstab herangezogen. Zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises für Valium wurde der Preis des niederländischen Konkurrenten auf die deutschen Marktverhältnisse und auf die Struktur des Roche-Konzerns übertragen. Mittels eines Zuschlags von 68,75% auf die niederländischen Preise wurde die obere Grenze des Wettbewerbspreises festgelegt, wobei die prozentualen Aufschläge mit Kostenstrukturunterschieden, Forschungskosten und allgemeinen Nebenleistungen gerechtfertigt wurden. Bezüglich der Mißbrauchsgrenze für Librium bestanden keine ausländischen Vergleichsmärkte; insoweit ging das Gericht von einer im wesentlichen gleichen Verbilligung wie bei Valium aus³⁾.

1) KG WuW/E OLG 1645 ff.

2) Vgl. ebenda, 1648 ff.

3) Vgl. ebenda, 1652 ff.

cc) Beschluß des BGH vom 16. Dezember 1976

Die kammergerichtliche Entscheidung wurde vom BGH durch Beschluß vom 16. Dezember 1976 aufgehoben, und die Sache wurde zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Gericht zurückgewiesen¹⁾.

Nach Ansicht des BGH war es zweifelhaft, ob das KG die marktbeherrschende Stellung ohne weiteres auf § 22 Abs. 1 Nr. 1 stützen konnte, nachdem es einen "beachtlichen" - wenn auch hauptsächlich auf Innovationen und Werbung beschränkten - Wettbewerb festgestellt hatte. Auf jeden Fall verfüge Hoffmann-La Roche über eine überragende Marktstellung i.S. von § 22 Abs. 1 Nr. 2. Dabei könne zugunsten der Betroffenen sogar von einem wesentlichen Wettbewerb auf dem Tranquillizer-Markt ausgegangen werden; denn die Existenz wesentlichen Wettbewerbs spreche nicht ohne weiteres gegen das Vorliegen einer überragenden Marktstellung. Im wesentlichen unter Hinweis auf den hohen Marktanteil von Hoffmann-La Roche wurde eine solche überragende Marktstellung für gegeben erachtet²⁾.

Bezüglich des Mißbrauchsnachweises hob der BGH in Übereinstimmung mit dem KG entscheidend darauf ab, ob die von Hoffmann-La Roche verlangten Preise über den Preisen lagen, die sich bei funktionsfähigem Wettbewerb bilden würden, und weiterhin, ob die Preisgestaltung wirtschaftlich gerechtfertigt war. Insoweit wurden die niedrigeren Preise, die Hoffmann-La Roche auf anderen Märkten erzielte, sowie die Preise von Wettbewerbern berücksichtigt. Somit wurde das Vergleichsmarktkonzept zur Konkretisierung des Als-Ob-Maßstabes im Ergebnis gebilligt. Nicht moniert wurde im Grundsatz auch das Vorgehen des KG, die auf den Vergleichsmärkten bestehenden Abweichungen durch Aufschläge zu korrigieren³⁾.

1) BGHZ 68, S. 23 ff.

2) Vgl. BGHZ 68, S. 28 f.

3) Vgl. ebenda, S. 32 ff.

Beanstandet wurde indes, daß das KG keinen deutlichen Unterschied gemacht habe zwischen der Bemessung der einzelnen Korrekturfaktoren (staatliche Höchstpreise in Großbritannien, fehlender Patentschutz in Italien) und der Feststellung einer erheblichen Überschreitung nach Ermittlung des Vergleichspreises¹⁾.

Insgesamt begnügte sich der BGH bei der Feststellung des mißbräuchlich überhöhten Preises nicht mit einem Abweichen von dem hypothetischen Als-Ob-Preis. Vielmehr forderte er darüber hinaus einen sog. "Erheblichkeitszuschlag", wobei bei der Bemessung dieses Zuschlags auch individuelle Besonderheiten des betroffenen Unternehmens (z.B. Nebenleistungen, Werbeaufwand) zu berücksichtigen sind²⁾.

dd) Beschluß des KG vom 24. August 1978

Als das KG am 24. August 1978 ein zweites Mal über die Preispolitik von Hoffmann-La Roche zu befinden hatte, hatte

1) Vgl. ebenda, S. 34 ff.

2) Vgl. BGHZ 68, S. 36 f. - Die Notwendigkeit eines solchen "Erheblichkeitszuschlags" ist im Schrifttum teilweise als unverstündlich bezeichnet worden, da der Vorwurf gegen das marktbeherrschende Unternehmen gerade darin zu erblicken sei, daß es Preise fordere, die bei wirksamem Wettbewerb nicht durchsetzbar wären; daher widerspreche es der wettbewerbstheoretischen Logik, dem Marktbeherrscher noch eine zusätzliche Bandbreite zu konzedieren (so z.B. Reich, NJW 1977, S. 679). - Diese Kritik verkennt den Grundgedanken, von dem sich der BGH bei der Annahme eines Preismißbrauchs durch ein marktbeherrschendes Unternehmen leiten läßt. Danach ist ein Mißbrauch nicht bereits gegeben, falls ein Unternehmen mehr als den wettbewerbsanalogen Preis, vielmehr erst dann, falls das Unternehmen erheblich mehr als diesen Preis fordert. Wie jeder Rechtsmißbrauch so setzt auch der Preismißbrauch eine erhebliche Abweichung von der Norm voraus. "Bei der Preiskontrolle durch die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB geht es also nicht darum, das Fordern des "richtigen Preises" zu gewährleisten, sondern darum, einen Mißbrauch bei der Preisgestaltung abzustellen. Dieser weitere Zuschlag ist also nicht ein weiterer Sicherheitszuschlag, der etwaigen Unsicherheiten bei der Ermittlung (Schätzung) des wettbewerbsanalogen Preises Rechnung tragen soll". (Fischer, ZGR 1978, S. 235, S. 248).

sich die tatsächliche Situation (im Verhältnis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vom 05. Januar 1976) wesentlich verändert¹⁾. Aufgrund des neuen Sachverhaltes wurde eine (nach wie vor bestehende) Einzelmarktherrschaft von Hoffmann-La Roche im Sinne von § 22 Abs. 1 verneint. Nach Ansicht des Gerichts bildete die Unternehmung jedoch mit vier weiteren großen, gleichfalls forschenden Konkurrenten gem. § 22 Abs. 2 ein marktbeherrschendes Oligopol²⁾.

Den Bedenken, die der BGH bezüglich der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises (Nichtberücksichtigung eines Zuschlags für eventuelle Patentverletzung, Bedenken wegen eines Zuschlags von 10% für Nebenleistungen und einen besonderen Ruf) sowie der Nichtberücksichtigung eines Erheblichkeitszuschlags geäußert hatte, trug das Gericht Rechnung. Der wettbewerbsanaloge Preis wurde zu 49,64% aus dem zugrundegelegten Wettbewerbspreis der holländischen Konkurrenzfirma und zu 50,36% aus Zuschlägen festgesetzt. Dieser wettbewerbsanaloge Preis wurde um einen Erheblichkeitszuschlag von 25% erhöht, der dem begrenzten Vergleichsmaterial (lediglich ein Unternehmen), den individuellen Eigenschaften und Besonderheiten der Betroffenen (leistungsbedingter, besonderer Ruf) sowie dem Ausnahmecharakter hoheitlicher Preisfestsetzungen Rechnung trug. Demgemäß wurde der Beschwerdeführerin aufgegeben, keine höheren Preise zu verlangen als 76% der zur Zeit geforderten Preise für Valium. Für Librium wurde die Mißbrauchsgrenze in gleicher Weise bestimmt³⁾.

ee) Beschluß des BGH vom 12. Februar 1980

In der letzten Entscheidung des langjährigen Verfahrens gegen Hoffmann-La Roche hat der BGH die Frage offengelassen, ob die Beschwerdeführerin zusammen mit anderen Unternehmen als marktbeherrschendes Oligopol anzusehen war⁴⁾.

1) Zu den einzelnen Daten vgl. unten S. 232.

2) WuW/E OLG 2053 ff.

3) Vgl. WuW/E OLG 2061 ff.

4) BGHZ 76, 143 ff., 147.

Die angefochtenen Beschlüsse konnten vor dem BGH bereits deshalb keinen Bestand haben, weil mangels hinreichenden Vergleichsmaterials keine mißbräuchliche Preisgestaltung festgestellt werden konnte. Nach Ansicht des BGH können zwar keine allzu hohen Anforderungen an die Vergleichbarkeit von Märkten gestellt werden. Doch dürfen die Unterschiede, insbesondere in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem als Vergleichsmaterial lediglich die Wettbewerbspreise eines einzelnen Vergleichsunternehmens herangezogen werden, nicht so gravierend sein, daß sie Zu- oder Abschläge von einem solchen Ausmaß ergeben, daß sich die ermittelten (mutmaßlichen) Wettbewerbspreise letztlich nicht mehr auf konkrete Vergleichszahlen stützen, sondern durch das Übergewicht der auf reinen Schätzungen beruhenden Zu- oder Abschläge sowie der dem betroffenen Unternehmen zusätzlich einzuräumenden Bandbreite zu einem nur noch fingierten Wettbewerbspreis ohne sachliche Grundlage führen. Die Zuschläge zu dem zugrundegelegten Wettbewerbspreis der holländischen Firma, so wurde im Hinblick auf den vorliegenden Fall argumentiert, hätten ein solches Übergewicht erlangt, daß von einer Ermittlung des mutmaßlichen Wettbewerbspreises auf der Grundlage eines auf einem Vergleichsmarkt im Wettbewerb gebildeten Preises nicht mehr gesprochen werden könne; der ermittelte mutmaßliche Wettbewerbspreis beruhe überwiegend auf Schätzungen, die von einem hierfür ungeeigneten Vergleichspreis ausgingen¹⁾.

ff) Methoden und Grenzen der Preismißbrauchsaufsicht

Die Arzneimittelverfahren haben hinsichtlich der Feststellung eines Preisüberhöhungsmißbrauchs eine rechtsmethodische Ergänzung gebracht: Die Mineralöl- und Autopreisverfahren, bei denen Preiserhöhungen der Anlaß waren, beruhten im wesentlichen auf der "Sockeltheorie". Danach wurde der Preis vor der Erhöhung ("Sockel") als nicht zu beanstandender Ausgangspunkt genommen; gefragt wurde, ob unter Berücksichtigung der unvermeidbaren Mehrkosten bei wirksamem Wettbewerb auf dem betreffenden Markt eine vergleichbare Preiserhöhung hätte durchge-

1) Vgl. BGHZ 76, S. 149 f.

setzt werden können¹⁾. In den Arzneimittelfällen wurde dieses Instrumentarium durch das räumliche und sachliche Vergleichsmarktkonzept vervollständigt, will sagen: Der Preismißbrauch wurde ermittelt, indem die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens mit den Preisen für das gleiche Produkt auf anderen wettbewerblichen Märkten oder mit Preisen anderer, einer wettbewerblichen Preisbildung unterliegenden Produkten verglichen wurden, wobei Markt- und Produktunterschiede durch Zu- oder Abschläge berücksichtigt wurden²⁾.

Insbesondere der Ausgang des "Valium-Librium"-Verfahrens hat zugleich die Grenzen des (räumlichen) Vergleichsmarktkonzepts deutlich geamcht; denn es ist an Voraussetzungen gebunden, die in der Praxis nur in Ausnahmefällen gegeben sein werden. Bei Produkten, die auf dem beherrschten Inlandmarkt einer hinreichenden preislichen Wettbewerbskontrolle unterliegen, ist die Marktsituation regelmäßig auch auf den anderen vergleichbaren räumlichen Märkten nicht wesentlich anders.

-
- 1) Zur "Sockeltheorie", die auch zeitliches Vergleichsmarktkonzept oder "before-and-after-approach" genannt wird, vgl. im einzelnen Albach, Als-Ob-Konzept und zeitlicher Vergleichsmarkt, WuW 1978, S. 537 ff.
- 2) So hat sich das KG im Vitamin-B-12-Verfahren sowohl auf das räumliche wie das sachliche Vergleichsmarktkonzept gestützt, indem die Preise der Wettbewerber auf demselben Markt, die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens beim Vertrieb an inländische Krankenhausapotheken, die Preise für das gleiche Produkt in der Schweiz und die Preise für ein anderes Vitamin-Präparat zum Vergleich herangezogen wurden (WuW/E OLG 1599, 1610 ff.). Im Valium-Verfahren hat sich das Gericht hingegen auf einen räumlichen Marktvergleich mit den Preisen eines niederländischen Herstellers beschränkt und einen Gewinnvergleich, wie er vom Kartellamt zusätzlich vorgenommen worden war, abgelehnt: "Eine Gewinnüberprüfung, wie sie das Bundeskartellamt mit der Festlegung einer maximalen Umsatzrendite von 22,4% vorgenommen hat, hält der Senat hier weder für angebracht noch für erforderlich, weil Vergleichsmaßstäbe vorhanden sind. Angesichts der Schwierigkeit, den 'angemessenen' Gewinn, noch dazu für einen längeren Zeitraum prozentual festzusetzen, kann eine Gewinnkontrolle nur ausnahmsweise, wenn keine andere Möglichkeit zur Feststellung des Mißbrauchs besteht, in Betracht kommen" (WuW/E 1645, 1652/53). Der BGH hat diese Beschränkung auf den räumlichen Marktvergleich gebilligt. (BGHZ 68, 23, 32 ff. = WuW/E BGH 1445, 1451 f.; ebenso BGHZ 76, 142, 149 = WuW/E BGH 1678, 1682 f.).

Zudem kommen bei bundesweit beherrschten Märkten für den räumlichen Vergleich nur Auslandsmärkte in Betracht. Deren Vergleichbarkeit ist jedoch von vornherein geringer, und sie entziehen sich zudem vielfach einer genauen Aufklärung durch die deutschen Behörden und Gerichte¹⁾. Insgesamt wird das (räumliche) Vergleichsmarktkonzept daher nur selten eine taugliche Methode sein, um den wettbewerbsanalogen Preis zu ermitteln²⁾.

Hinzu kommt, daß nicht bereits eine jede Überschreitung des mit aller Sorgfalt zu ermittelnden wettbewerbsanalogen Preises den Vorwurf der mißbräuchlichen Preisgestaltung begründet. Nach der BGH-Judikatur bedarf es eines erheblichen Überschreitens des wettbewerbsanalogen Preises, um daraus mit hinreichender Sicherheit entnehmen zu können, daß der verlangte Preis ungerechtfertigt und nur dank einer marktbeherrschenden Position durchsetzbar ist. Für die Angemessenheit des "Erheblichkeitszuschlags" gibt es praktisch keine stringenten Beurteilungskriterien, so daß unterschiedliche Bewertungen im Einzelfall nicht auszuschließen sind. Berücksichtigt man schließlich, daß eine einzelfallorientierte Preismißbrauchsaufsicht rechtssystematisch der Eingriffsverwaltung zuzuordnen ist, die sich grundsätzlich an rechtsstaatlichen Grundsätzen ("in dubio pro reo") orientieren muß und daher tendenziell ohnehin zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens ausfallen muß, so kann insgesamt kaum mehr als von einem "Notbehelf" für Ausnahmefälle gesprochen werden³.

1) Vgl. z.B. Glismann/Seusing, Die Weltwirtschaft, 1975, S. 176 ff.; KG WuW/E OLG 2053, 2061 ff. ("Valium").

2) Im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über die Preise von Stromversorgungsunternehmen hat sich dieses Konzept in der Vergangenheit weitgehend als völlig unpraktikabel erwiesen; vgl. dazu Lukes, Preisvergleich und Strukturvergleich bei der Mißbrauchsaufsicht nach §§ 103, 104 GWB, Salje, Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen.

3) In dieser Einschätzung waren sich Literatur und Praxis weitgehend bereits nach der ersten Valium-Entscheidung des BGH eins; vgl. aus der unübersehbaren Literatur z.B. Monopolkommission, Hauptgutachten 1976/77, S. 218 ff.; ferner TB 1976, S. 27; ebenda sprach sich das Amt für verstärkte Maßnahmen einer strukturorientierten Wettbewerbspolitik aus und kündigte an, vornehmlich gegen Preisstrukturmißbräuche marktbeherrschender Unternehmen vorzugehen. Einen umfassenden Überblick über die Literatur und Rechtspraxis gibt Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 22, Rdnr. 151 ff.

Das "Valium-Librium"-Verfahren hat nicht nur die Methoden und Grenzen einer einzelfallorientierten Preiskontrolle deutlich konturiert. Gleichermäßen aufschlußreich ist es für den vorliegenden Untersuchungszusammenhang. Ging es im Valium-B-12-Verfahren (lediglich) um die Stillegung des Preises durch einen einzelnen Anbieter, der unstreitig auf keine spezifischen Marktleistungen bezüglich der Nichtpreisparameter (Ärztinformation, Forschung) verweisen konnte und infolge von Preisunterbietungen der Mitbewerber (mengenmäßig) Marktanteile verloren hatte, so rückte das Valium-Librium-Verfahren - mochte es (zunächst) auch nur als Testfall gegen den eindeutigen Marktführer eingeleitet worden sein - die Preispolitik aller Hersteller von Tranquillizern und damit von Oligopolisten ins Blickfeld.

Darüber hinaus haben sich das Kartellamt und das KG im Rahmen ihrer Ausführungen zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Einzelstellung respektive eines marktbeherrschenden Oligopols in allgemeiner Form mit dem Stellenwert der Nichtpreisparameter (Werbung, Forschung etc.) auf dem Arzneimittelmart auseinandergesetzt¹⁾.

Unter der gezielten Perspektive des Stellenwertes des Preisparameters für die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs sollen nunmehr die Entscheidungen analysiert werden.

- b) BKartA: Keine Kompensation einer großen Preisgestaltungsautonomie durch nichtpreisliche Aktionsparameter (§ 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt.)

Nach Ansicht des Kartellamtes unterlag Hoffmann-La Roche

1) Der BGH hat den Begriff des "Fehlens wesentlichen Wettbewerbs" i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. sowie des § 22 Abs. 2 in keiner Entscheidung thematisiert. Im ersten Beschluß wurde wesentlicher Wettbewerb zugunsten der Betroffenen i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. unterstellt und - unter weitgehender Anlehnung an die Hilferwägungen des KG - das Vorliegen einer überragenden Marktstellung für gegeben erachtet (BGHZ 68, 23 ff.). In der zweiten Entscheidung ist der BGH der kammergerichtlichen Ansicht, Hoffmann-La Roche bilde zusammen mit anderen Unternehmen ein marktbeherrschendes Oligopol i.S. des § 22 Abs. 2, nicht näher nachgegangen, da nach seiner Ansicht mit Rücksicht auf das geringe Vergleichsmaterial lediglich eines niederländischen Herstellers auf keinen Fall ein Preismißbrauch nachgewiesen werden konnte (BGHZ 76, 143 ff. (148 f.)).

keinem die volkswirtschaftliche Lenkungs- und Kontrollfunktion erfüllenden Preiswettbewerb. Daher wurde die Unternehmung als marktbeherrschender Teilmonopolist i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. angesehen¹⁾.

Angesichts der großen Preisgestaltungsautonomie wurde - jedenfalls für den Fall der Preiskontrolle - die Kompensationsmöglichkeit durch nichtpreisliche Aktionsparameter verneint²⁾.

Der Mißbrauchsaufsicht wird allgemein in einer sog. normzweckorientierten Betrachtung unter anderem die Aufgabe zugewiesen, die Ausbeutung der Marktgegenseite durch unangemessene Preise zu verhindern. Der Begriff "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" wird als Aufgreifkriterium verstanden und der Marktbeherrschungstatbestand bereits dann für gegeben gehalten, falls ein Unternehmen nur bezüglich des für das Mißbrauchsverhalten maßgeblichen Parameters einer wettbewerblichen Kontrolle unterliegt³⁾.

Die Ansicht, daß der Begriff "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" durch den Schutzzweck der Mißbrauchsaufsicht inhaltlich zu präzisieren ist und bei fehlender Kontrolle durch wirksamen Preiswettbewerb erfüllt sein kann, wird des weiteren gestützt auf die Entstehungsgeschichte des § 22: Aus § 17 des Regierungsentwurfes zum GWB von 1957 ergebe sich eindeutig, daß ein Unternehmen, welches die Preise ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber festsetze, marktbeherrschend sei, und an dieser Grundintention habe sich im weiteren Verlauf der Ausschlußberatungen nichts geändert. Auch der konkrete Beratungsverlauf zum Oligopolstatbestand (§ 17 Abs. 2 RegE) dokumentiere untrüglich den Willen des historischen Gesetzgebers, den Marktbeherrschungstatbestand so zu fassen, daß auch die Ausnutzung des Fehlens von Preiswettbewerb geahndet werden könne⁴⁾.

1) WuW/E BKartA 1527 ff.

2) Vgl. ebenda, 1531 ff.

3) WuW/E BKartA 1532.

4) Ebenda, 1532 f.

Unter Bezugnahme auf den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages über den Entwurf des GWB von 1957 wird der Preis wegen seiner in der Marktwirtschaft unentbehrlichen Steuerungsfunktion als der wichtigste Aktionsparameter bezeichnet, der nicht durch andere Wettbewerbsformen (Service-, Leistungs-, Reklame- und Verpackungswettbewerb, monopolistische Produktdifferenzierung u.a.) surrogiert werden könne¹⁾. Allein der Werbungswettbewerb, so wird in einer weitgehend die Grenzen des konkreten Falles verlassenden (generalisierenden) Diktion argumentiert, erfülle für sich genommen noch keine positive volkswirtschaftliche Funktion. Erst in Verbindung mit einem gleichzeitig vorherrschenden Leistungswettbewerb in Gestalt von Preis- und Qualitätswettbewerb sei ein Werbungswettbewerb, der auf die tatsächlichen Leistungsunterschiede verweise und dadurch den Leistungswettbewerb fördere, als wesentlicher Wettbewerb zu bezeichnen.

Ob der Werbungswettbewerb auf dem Arzneimittelmarkt angesichts seines weitgehend suggestiven Charakters diese positive Funktion entfalte, wird vom Kartellamt offengelassen.

Auf keinen Fall vermöge der Werbungswettbewerb - und gleiches gelte für den Produktwettbewerb - einen fehlenden Preiswettbewerb zu ersetzen. Selbst intensiver Werbungs- und Produktwettbewerb vermöchten nämlich die Marktgegenseite nicht vor machtbdingten Preisforderungen zu schützen. Sie seien zumindest dann als unwesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 zu werten, wenn - wie im konkreten Fall - Machtpositionen zu bewerten seien, die trotz nachstoßender Konkurrenten schon über ein Jahrzehnt lang bestünden, also mit großer Sicherheit nicht mehr dem vorstoßenden (innovatorischen) Wettbewerb zuzurechnen seien.

Intensiver Produkt- und Werbungswettbewerb vermögen nach Ansicht des Amtes nicht nur die Bildung unangemessen hoher Preise nicht zu verhindern, überdies wird ihnen eine preiserhöhende und zu volkswirtschaftlichen Fehlallokationen führende

1) Zum folgenden ebenda, 1533-1535.

Wirkung zugeschrieben, da die solchermaßen bedingten Kosten in einem Umfang auf die Endverbraucherpreise übergewälzt würden, wie dies bei wesentlichem Wettbewerb nicht möglich sei¹⁾.

- c) KG - Valium-Librium I: Wesentlicher Wettbewerb nur bei einem "Gesamtbild" der leistungsbezogenen Konkurrenz
(§ 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt.)

Im ersten Valium-Librium-Beschluß vom 05.01.1976 ist das KG der amtlichen Feststellung, daß die Beschwerdeführerin keinem wesentlichen Wettbewerb i.S. von § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. ausgesetzt war, im Ergebnis und weitgehend auch in den allgemeinen Überlegungen gefolgt:²⁾

"Wesentlicher Wettbewerb" wird von den Richtern allgemein als ein "leistungsorientierter dynamischer Kampf der Anbieter mit aktiven Handlungen und defensiven Reaktionen um die Durchsetzung beim Nachfrager" definiert, wobei den Parametern (Preis, Qualität, Forschung, Werbung etc.) eine von Fall zu Fall unterschiedliche Rolle zukommen könne³⁾.

-
- 1) Der von Hoffmann-La Roche bei Valium selbst angegebene Gewinn betrug 43% vom Umsatz; nach Berechnungen des Kartellamtes lag er noch beträchtlich höher. Die über Valium und Librium verrechneten Werbe- und Informationskosten beziffern sich bei einer für die Unternehmung günstigen Berechnung auf mindestens 31% aller verrechneten Kosten. Mit rund 18% der gesamten Arzneimittelerlöse lag der Anteil der Werbungskosten über dem Anteil der Forschungsaufwendungen. Im internationalen Preisvergleich lagen die Valium-Preise über denen sämtlicher EG- und EFTA-Staaten (z.B. um 50% über den Valium-Preisen in Frankreich und Italien), und sie betrugen das Dreifache der Preise in Großbritannien, bevor die dortige Regierung im April 1973 eine Preissenkung um 75% (bei Valium) bzw. 60% (bei Librium) angeordnet hatte. Nicht zuletzt diese außergewöhnlichen Umstände, die eingebettet waren in eine große Ausweitung der Nachfrage (Valium war 1973 das in der BRD am häufigsten verschriebene Medikament; das Umsatzvolumen der beiden Tranquillizer betrug ca. 75 Millionen DM) sowie die zu jener Zeit in der politischen Öffentlichkeit stark diskutierte Frage einer Kostendämpfung im Arzneimittelbereich ließen das Preismißbrauchsverfahren gegen Hoffmann-La Roche geradezu als Musterfall prädestiniert erscheinen.

- 2) WuW/E OLG 1645 ff.

- 3) Ebenda, 1650.

Dem Preis wird allerdings eine "herausragende Bedeutung" beigemessen; er dürfe nicht in das Belieben einer Unternehmung gestellt sein, sondern müsse sich aus den Marktverhältnissen ergeben. Zwar könnten sich die unternehmerischen Aktivitäten je nach Wettbewerbssituation durchaus einmal mehr auf einen oder mehrere Parameter konzentrieren, zu fordern sei aber ein "Gesamtbild der leistungsbezogenen Konkurrenz"¹⁾. Zwar könnten im Einzelfall die Sicherung und Verbesserung der Produktqualität einen höheren Stellenwert haben als preisliche Aktivitäten. Um den Preis jedoch wenigstens teilweise zu ersetzen, müsse die Qualität nach außen hin als besondere Leistung in Erscheinung treten. Eine vom Konsumenten nicht als deutliches Positivum wahrgenommene Verbesserung der Produktqualität entfalte nicht dieselben Wirkungen wie der Preiswettbewerb.

Vergleichbares wird von den Richtern für die Parameter Forschung und Entwicklung gefordert. Verlagere sich der Wettbewerb vorwiegend auf diese Aktivitäten, so diene er primär nur noch den Anbieterinteressen an der Erhaltung und der Erweiterung ihrer Marktanteile. Die nach außen gerichtete Leistung, die im Verhältnis zu den Mitbewerbern für den Verbraucher insgesamt möglichst günstig sei und deshalb den Verzug verdiene, trete in den Hintergrund. Demgemäß könne auch der Wegfall nur eines wichtigen Parameters eine marktbeherrschende Stellung konstituieren.

Entsprechend diesem "flexiblen" allgemeinen Definitionsverständnis wird der Beschwerdeführerin zwar ein beachtlicher Wettbewerb zugestanden, der im Rückgang des Marktanteils (für den Absatzbereich der öffentlichen Apotheken von 1969-1974) seinen Niederschlag gefunden hat. Dieser Wettbewerb wurde jedoch hauptsächlich im Rahmen von Innovationen und Werbung ausgetragen; der Preiswettbewerb hingegen wurde völlig ausgeschaltet. Mit Rücksicht auf die konkret festgestellte Preisunelastizität - die Konkurrenz hatte die Preise angehoben, Hoffmann-La Roche hatte die Preise trotz hoher Umsatzrendite, stagnierendem Umsatz und sinkender Marktanteile nicht gesenkt - bezeichnete das Gericht den Wettbewerb als nicht hinreichend (nach außen)

1) Ebenda.

leistungsorientiert und somit als unwesentlich i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. Gehe man vom Zweck des GWB aus, den Verbraucher durch Wettbewerb bestmöglichst zu versorgen, so fehle es an den zentralen Wettbewerbselementen. Verschiebungen der Marktanteile reichten für sich allein nicht aus; auch ein marktbeherrschendes Unternehmen müsse sie hinnehmen. Das Fehlen einer Preisreaktion indiziere geradezu, daß ein Unternehmen nicht in vollem Umfang einem funktionsfähigen Wettbewerb ausgesetzt sei¹⁾.

d) KG-"Valium-Librium" II: Unterschiedliche Interpretation des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 1 und Abs. 2

aa) Marktbeherrschende Einzelposition nur bei nicht unerheblichem Vorsprung

Als das KG am 24. August 1978 ein zweites Mal über die Preispolitik von Hoffmann-La Roche zu befinden hatte, hatte sich die tatsächliche Situation gegenüber dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Erstentscheidung vom 25. Juni 1975 in mehreren Punkten verändert:

- Der Marktanteil (Wertanteil) von Hoffmann-La Roche war unter die Vermutungsgrenze des § 22 Abs. 3 Nr. 1 von einem Drittel abgesunken.
- Der nächststarke Konkurrent hatte mit seinem Präparat zwischenzeitlich einen höheren Marktanteil erreicht als Hoffmann-La Roche mit Valium und Librium.

1) WuW/E OLG 1650 f. - Hilfsweise stützt sich das Gericht auf das Vorliegen einer überragenden Marktstellung (§ 22 Abs. 1 Nr. 2), wobei von den fünf Kriterien dem (wertmäßigen) Marktanteil ein besonderes Gewicht zugemessen wird. Insoweit wird nicht ausgeschlossen, daß sich auch neue Konkurrenten auf das Preisverhalten der stark dominierenden Beschwerdeführerin als Leitlinie einstellen. Zwar habe der Gesetzgeber mit dem Tatbestand der überragenden Marktstellung nicht lediglich temporäre und damit wettbewerbskonforme Führungsrollen erfassen wollen. Da Hoffmann-La Roche jedoch weit über ein Jahrzehnt den Markt beherrscht habe und sich keine alsbaldige durchgreifende Veränderung abzeichne, könne nicht von einem lediglich temporären Vorsprung die Rede sein (ebenda, 1651 f.).

- Valium war nicht mehr das in der Bundesrepublik am häufigsten verordnete Arzneimittel.
- Die Konkurrenten hatten mit ihren Präparaten kontinuierlich Marktanteile hinzugewonnen. Die Marktanteile von Valium und Librium waren hingegen in den letzten Jahren konstant gefallen, wobei als Wettbewerber auf dem relevanten Markt vor allem große Pharma- bzw. Chemiekonzerne aufgetreten waren.
- Der Patentschutz für Librium war bereits vor der letzten mündlichen Verhandlung abgelaufen; der Patentschutz für Valium lief in unmittelbarer Zukunft ab, so daß mit einem ungehinderten Eintreten von Imitationspräparaten zu rechnen war.
- Hoffmann-La Roche hatte bei Valium einen ständigen Rückgang des Marktanteils hinnehmen müssen, obgleich dieses Präparat im Verhältnis zu den Konkurrenzzeugnissen zu den relativ preisgünstigen Präparaten zählte¹⁾.

Aufgrund dieser neuen Marktdaten verneinte das Gericht eine (nach wie vor bestehende) Einzelmarktbeherrschung i.S. von § 22 Abs. 1:

Eine Gesamtwürdigung der veränderten Umstände ergebe, daß der vorstoßende, wenngleich vornehmlich auf Innovation und Werbung beschränkte Wettbewerb der marktstarken Mitbewerber die ursprünglich marktbeherrschende Stellung von Hoffmann-La Roche inzwischen ausgehöhlt und ihren Marktanteil so weit habe sinken lassen, daß weder von einer unzureichenden wettbewerblichen Kontrolle i.S. des Abs. Nr.1 noch von einer überragenden Markstellung i.S. von Nr. 2 gesprochen werden könne. Ein lediglich geringer Vorsprung im Marktanteil vor den Konkurrenten reiche zur Begründung einer marktbeherrschenden Einzelstellung nicht aus, wie sich aus Wortlaut und Sinn des § 22 Abs. 1 sowie aus der Entstehungsgeschichte der Vermutungsbestimmung des § 22 Abs. 3 Nr. 1 ergebe. Die im Regierungsentwurf zum Ausdruck gelangte Wertung, derzufolge ein marktbeherrschendes Einzelunternehmen nur dann zu vermuten sei, falls dieses einen Marktanteil von 50% und keiner der Konkurrenten mehr als 10% Marktanteil habe, sei im Laufe der Gesetzesberatungen nicht in Frage gestellt worden. In ihr spiegele sich die Wertentscheidung

1) WuW/E OLG 2056.

wider, daß eine isolierte Mißbrauchsaufsicht über ein Einzelunternehmen nur gerechtfertigt sei, wenn dieses einen nicht unerheblichen Vorsprung i.S. eines überragenden Verhaltensspielraums vor seinen Konkurrenten habe und sich somit in einer dominierenden Position befinde¹⁾.

Das Erfordernis eines "nicht unerheblichen Vorsprungs" erklärt sich vor dem allgemeinen theoretischen Hintergrund, daß im Rahmen des § 22 Abs. 1 eine Analyse des Gesamtbildes des Wettbewerbs gefordert wird und die Stillegung lediglich eines Aktionsparameters (hier: des Preises) regelmäßig nicht für ausreichend erachtet wird, um eine marktbeherrschende Einzelposition zu bejahen. Für den Regelfall wird nämlich angenommen, daß ein wirksamer, wenngleich auf Qualität, Forschung, Service und Beratung beschränkter Wettbewerb zum Abbau eines überragenden Verhaltensspielraums führt, so daß das Einzelunternehmen wieder in das kompetitive Marktgeschehen eingegliedert wird und - unter normalen Bedingungen - auch die Wiederaufnahme des Preiswettbewerbs erwartet werden kann. Ein hoheitliches, miß-

1) WuW/E OLG 2056 f. - Auch in der Fusionsentscheidung Mannesmann/Brüninghaus vom 18. Mai 1979 stellt das KG an die Erheblichkeit des Vorsprungs relativ hohe Anforderungen (WuW/E OLG 2120). Obwohl das führende Unternehmen einen Marktanteil von ca. 22% im Verhältnis zu Anteilen von ca. 11% und weniger vor den nächstgrößten Konkurrenten hatte und auch bezüglich der Ressourcenkriterien die vier folgenden Anbieter nicht unwesentlich übertraf, wurde eine marktbeherrschende Einzelposition mit der Begründung verneint, dieser Vorsprung reiche nicht aus, um die Mitbewerber an einer Vergrößerung ihrer Marktanteile zu hindern und einen funktionsfähigen Wettbewerb auszuschalten. - Auf der gleichen Linie liegt, wenn der BGH in einer Entscheidung vom 26.06.1979 (WuW/E BGH 1620) nicht beanstandet, daß der Tatrichter trotz eines Marktanteils des führenden Unternehmens von 35-40% eine überragende Marktstellung verneint hatte. Insoweit begnügten sich die Bundesrichter mit der Feststellung des OLG (OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 1925), ein großer Teil der Konkurrenzprodukte komme den Waren der Beklagten und deren Ansehen sehr nahe und verfüge ebenfalls über erhebliche Marktanteile (WuW/E BGH 1621). Außerdem wurde berücksichtigt, daß die Beklagte ihren relativ hohen Marktanteil aufgrund eines Jahresumsatzes von lediglich 30 Mio. DM erzielt hatte und bei Plastik-Modellbausätzen relativ geringe Marktzutrittsschranken angenommen wurden (ebenda). Der Marktanteil des nächstgrößten Konkurrenten bezifferte sich in diesem Fall auf 22-25%, so daß ein Abstand zum führenden Unternehmen von 13,5% bestand.

brauchsabwehrendes Einschreiten erscheint daher nicht erforderlich¹⁾.

Wenn infolge der Eigenart des Arzneimittelmarktes (mangelnde pharmakologische und preisliche Transparenz, Vorrang therapeutischer vor preislichen Überlegungen beim Arzt als dem Verbrauchsdisponenten, weitgehende Übernahme der Arzneimittelkosten durch die Träger der Sozialversicherung) der Preiswettbewerb keine nennenswerte absatzsteigernde Wirkung entfalte, so können diese strukturellen Eigenarten nach Ansicht des KG nicht mittels einer einzelfallorientierten Preiskontrolle über ein einzelnes (quasi-monopolistisches) Unternehmen verändert werden. Auch auf anderen Märkten, so wird weiter zu bedenken gegeben, könne die Nachfrage infolge weitgehender Heterogenisierung der Waren relativ preisunelastisch reagieren, so daß der Einsatz des Preisparameters keinen unternehmerischen Erfolg verspreche. Eine Betrachtungsweise, die statt einer Analyse des Gesamtbildes des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt eine Mißbrauchsaufsicht bereits bei Stilllegung lediglich eines Parameters bejahe, sei daher mit § 22 Abs. 1 unvereinbar²⁾.

bb) Preisbildungsmacht einer Oligopolgruppe

aaa) Intention: Schutz der Marktgegenseite vor überhöhten Preisen

Hoffmann-La Roche bildete jedoch nach Ansicht des KG mit vier weiteren großen, gleichfalls forschenden Mitbewerbern gem. § 22 Abs. 2 ein marktbeherrschendes Oligopol. Zu diesem auf den ersten Blick überraschenden Ergebnis kommt das Gericht, da es den Begriff des wesentlichen Wettbewerbs in § 22 Abs. 1 und Abs. 2 unterschiedlich interpretiert³⁾:

1) WuW/E OLG 2057.

2) WuW/E OLG 2058.

3) Der Imitationswettbewerb nachstoßender kleiner Konkurrenten war nach der gerichtlichen Feststellung aufgrund des großen Vertrauens- und Werbevorsprungs der fünf führenden Unternehmen nicht wirksam, so daß das Oligopol im Außenverhältnis zu diesen Unternehmen eine überragende Marktstellung gem. § 22 Abs. 2 in Verbindung mit § 22 Abs. 1 Nr. 2 innehatte (WuW/E OLG 2069).

Im Gegensatz zu Abs. 1 wird ein beachtlicher Forschungs-, Innovations- und Qualitätswettbewerb zwischen Oligopolisten für unwesentlich gehalten, falls der Preis von den Oligopolunternehmen nicht als Wettbewerbsmittel eingesetzt wird. Zwar könne es auch bei Nicht-Preiswettbewerb zu Marktanteilsverschiebungen zwischen den führenden Unternehmen kommen. Der von den Oligopolunternehmen geforderte Produktpreis könne aber oberhalb des wettbewerbsanalogen Preises verbleiben, so daß der Schutzzweck des § 22 (Verhinderung einer Ausbeutung der Marktgegenseite durch überhöhte Preise) vereitelt würde. Daher müßten bei einer normzweckorientierten Betrachtung die Worte "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" i.S. von § 22 Abs. 2 anders interpretiert werden als i.S. von § 22 Abs. 1. Bei gleicher Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals könne zwar gegen ein einem erheblichen Wettbewerb ausgesetzten Einzelunternehmen gem. § 22 Abs. 1 eingeschritten werden, nicht hingegen gegen ein überragendes Oligopolunternehmen mit beachtlichem Binnenwettbewerb in bezug auf Forschung und Innovation¹⁾.

Begründet wird diese im Rahmen des § 22 Abs. 2 vertretene Parameter-Theorie mit dem Willen des historischen Gesetzgebers: Aus dem Verlauf der Beratungen zum Oligopolstatbestand von 1957 (§ 17 Abs. 1 RegE) ergebe sich, daß der Gesetzgeber auch die Ausnutzung des Fehlens von Preiswettbewerb auf Oligopolmärkten habe erfassen wollen. Zudem habe die Regierungsbeurkundung (vom 18.08.1971) die besondere Dringlichkeit einer Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Oligopole betont und darauf verwiesen, daß die eigentliche Problematik des Oligopolstatbestandes im Innenverhältnis liege²⁾. Diese eigentliche Problematik werde verkannt, falls das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs nur bejaht werde, wenn die Oligopolisten außer der Preiskonkurrenz auch den Qualitäts-, Nebenleistungs- und Werbungswettbewerb ganz oder teilweise tabuisierten. Interne Marktanteilsverschiebungen, bedingt durch den Einsatz der Nicht-Preisparameter könnten die Marktgegenseite nicht vor überhöhten Preisen schützen. Jedem Unternehmen sei nämlich bewußt, daß es durch Preissenkungen seine Erlössituation nur

1) WuW/E OLG 2057.

2) WuW/E OLG 2058.

verschlechtere, aber keine nennenswerten Marktanteile gewinnen könne¹⁾.

cc) Postulat: Gleichzeitiges Vorgehen gegen alle Oligopolisten

Die erstmalige Anwendung des Oligopolstatbestandes im Laufe des Rechtsmittelverfahrens zwang das KG auch zur Beantwortung der Frage, ob bei einem generellen Mißbrauchsverdacht gegen alle Oligopolunternehmen vorzugehen ist oder ob ein Einzelmitglied (gleichsam zur Erprobung in einem Testverfahren) herausgegriffen werden kann²⁾.

1) WuW/E OLG 2059. - Mit solcher Argumentation folgt das Gericht weitgehend den literarischen Repräsentanten der Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen (Möschel, Baur) und weist explizit die gegenteilige Ansicht von Sandrock zurück. - Geht man in Übereinstimmung mit dieser Theorie und dem KG davon aus, daß der Normzweck des Mißbrauchstatbestandes auch den Schutz der Marktgegenseite vor mißbräuchlich überhöhten Preisen einschließt und dieser Schutzzweck gleichermaßen für das marktbeherrschende Einzelunternehmen wie für Oligopole gilt, so ist wenig einsichtig, daß nur beim marktbeherrschenden Oligopol auf den Preiswettbewerb besonderes Gewicht gelegt wird. Ob ein Einzelunternehmen angesichts seiner überragenden Marktstellung im Verhältnis zu seinen Konkurrenten marktbeherrschend ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und kann kein Argument dafür sein, an die Wesentlichkeit des Wettbewerbs in Abs. 1 grundsätzlich andere Anforderungen zu stellen als in Abs. 2. Beide Normadressaten erfordern angesichts des gleichen Schutzzweckes des Mißbrauchstatbestandes eine einheitliche Betrachtungsweise. Im einzelnen kann bezüglich der Kritik an der Unterscheidung auf die entsprechenden Ausführungen zur Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen, die ebenfalls diese Differenzierung vornimmt, verwiesen werden (vgl. oben S. 139).

2) Bereits im ersten Valium-Beschluß (WuW/E OLG 1662) hatte das KG angesichts der strukturell bedingten Preisunelastizität des Arzneimittelsmarktes Bedenken, isoliert gegen Hoffmann-La Roche vorzugehen, da der Vorwurf des Preismißbrauchs auch gegen andere Unternehmen begründet zu sein schien. Das Gericht befürchtete von einem isolierten Vorgehen gegen Hoffmann-La Roche schwere Wettbewerbsverzerrungen; aller Wahrscheinlichkeit nach würden Preissenkungen nicht zu einer Umsatzsteigerung, sondern zu einer Gewinnschmälerung führen, ohne daß die Konkurrenten im Wettbewerb praktisch berührt würden. Trotz solcher Vorbehalte hat der Kartellsenat seine Bedenken gegen ein isoliertes Vorgehen gegen ein Unternehmen aus einer Gruppe von Marktbeherrschern "angesichts der zur Zeit jedenfalls noch bestehenden besonderen Position der Beschwerdeführerin" zurückgestellt (ebenda, 1663). Die Klärung neuer juristischer Probleme ließ eine Beschränkung auf wenige Prozesse angebracht erscheinen und die Fülle des Tatsachenstoffes war bei einem gleichzeitigen Vorgehen gegen weitere Marktbeherrscher wesentlich schwerer zu bewältigen. Schließlich setzte der Senat darauf, daß das Kartellamt unverzüglich nach einer höchstrichterlichen Klärung die Ungleichheit beseitigen würde.

Nach Auffassung des KG hat die Kartellbehörde im Falle einer gemeinsamen Marktbeherrschung durch eine Oligopolgruppe grundsätzlich gegen alle Oligopolunternehmen zu ermitteln und, falls sie interveniert, gegen alle gleichzeitig vorzugehen, wenn ein gleichartiger Mißbrauch vorliegt. Das Herausgreifen nur eines Oligopolunternehmens stelle regelmäßig eine fehlerhafte Ermessensausübung i.S. von § 22 Abs. 5 ("kann") dar, weil das zunächst herausgegriffene Unternehmen erhebliche Wettbewerbsnachteile erleiden könne.

Gleiches soll gelten, wenn während eines laufenden Verfahrens neue Unternehmen als Oligopolunternehmen in den Markt eintreten oder wenn ein Unternehmen während des Verfahrens seine marktbeherrschende Einzelstellung verliert und der "Monopolmarkt" i.S. von § 22 Abs. 1 sich in einen "Oligopolmarkt" i.S. von § 22 Abs. 2 umwandelt. In diesen Fällen wird die Behörde für verpflichtet erklärt, unverzüglich zu prüfen, ob auch den "Newcomern" ein gleicher Mißbrauchsvorwurf gemacht werden kann respektive, ob beim Übergang in einen Oligopolmarkt auch den Mitbewerbern der gleiche Mißbrauch wie dem ursprünglich allein marktbeherrschenden Unternehmen zur Last fällt. In solchen Fällen dürfe solange nicht die sofortige Vollziehung einer Mißbrauchsverfügung angeordnet werden, wie die Verwaltungsverfahren nicht auch gegen die übrigen Unternehmen, denen möglicherweise der gleiche Vorwurf zu machen sei, positiv oder negativ abgeschlossen seien¹⁾.

1) WuW/E OLG 2059, 2060. - Es liegt auf der Hand, daß bei solcher Pflicht zur "Gleichbehandlung" ein Einschreiten der Kartellbehörde ungemein erschwert wird. Daher ist insbesondere die seitens des Kartellamtes an diesem verfahrensrechtlichen Gebot geübte Kritik verständlich. So macht beispielsweise Markert (Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager, S. 87 ff. (93)) geltend, das Aufgreifen von Testfällen sei in vielen Bereichen des Verwaltungsrechts als sachgerechte Ermessensausübung anerkannt. Von Willkür könne jedenfalls bei einer Beschränkung des Verfahrens auf die führenden Oligopolunternehmen nicht gesprochen werden. Folge man der Ansicht des KG, so könnten Verfügungen gegen Oligopolisten praktisch nie vollzogen werden, da sich häufig noch Außenseiter finden ließen, die sich parallel zu den verfahrensbeteiligten Oligopolisten verhielten und somit ebenfalls der Oligopolgruppe zugerechnet werden müßten. Die befürchteten Wettbewerbsverzerrungen seien unbegründet; denn bei einer Preissenkung der führenden Oligopolisten müßten die Konkurrenten aus ökonomischen Gründen regelmäßig folgen. Zur Kritik an dieser "Einheitstheorie" vgl. ferner ders., Mißbrauchsaufsicht nach §§ 22, 26 Abs. 2 GWB, S. 27 ff. (33), sowie Möschel, in: Mestmäcker/Immenga, § 22 Rdnr. 188.

III. Die Kriterien des wesentlichen Binnenwettbewerbs im Rahmen der Fusionskontrolle

1. Von der Verhaltenskontrolle zu strukturellen Maßnahmen

a) Von den Preiserhöhungskontrollen zur Bekämpfung (markt- strukturverschlechternder) Behinderungsmissbräuche

Mögen auch die Preismißbrauchsverfahren gegen die Firmen Merck und Hoffmann-La Roche in der zweiten Hälfte der 70er Jahre im Mittelpunkt des publizistischen und wissenschaftlichen Interesses gestanden haben, so erschöpften sich die einschlägigen Aktivitäten des Kartellamtes doch nicht in diesen beiden Verfahren.

Wegen der Anhebung der Preise für Vergaserkraftstoffe ermittelte die Behörde im Sommer 1979 und Winter 1979/80 gegen die führenden Mineralölunternehmen, ohne daß es freilich zu einem förmlichen Abschluß in Gestalt einer Untersagungsverfügung kam¹⁾.

1) Nach kartellamtlicher Meinung hatte sich die Wettbewerbssituation der freien Tankstellen im Absatz von Vergaserkraftstoffen seit 1978 wesentlich verändert. Angeblich konnten die freien Händler nicht mehr durch Zukauf preisgünstiger Fertigprodukte in Rotterdam einen Preisdruck auf die Markenunternehmen ausüben; aufgrund solcher Bedrohung der freien Unternehmen sowie im Hinblick auf die konkreten Preisanhebungen im Absatz von Vergaserkraftstoffen wurde eine Beobachtung des Preisgebarens der führenden Mineralölunternehmen für notwendig erachtet. Auf den förmlichen Abschluß des Verfahrens vom Sommer 1979 wurde indes verzichtet, weil abzusehen war, daß sich die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse bis zur Rechtskraft einer Verfügung grundlegend mehrfach ändern würden. Bezüglich der Preisanhebung vom Winter 1979/80 wurde die errechnete Grenze für die gewinnneutrale Weitergabe erhöhter Einstandspreise nicht überschritten. - Zu dem aktuellen Hintergrund sowie den methodischen Schwierigkeiten, bei der Feststellung eines Preismißbrauchs Vergleichsmärkte heranzuziehen, vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1978/1979, S. 139 f.; ebenda (S. 140) warnt die Kommission in Anknüpfung an ihre bereits im Sondergutachten 1 (Tz 43 f.) vorgetragenen Bedenken davor, daß das zeitliche Vergleichsmarktkonzept ("die Sockeltheorie") bei konsequenter Anwendung die Gefahr einer sich permanent ausweitenden Verhaltenskontrolle impliziert. Einmal mehr wird als vorzugswürdige Alternative (im Gegensatz zur punktuellen Preiskontrolle) empfohlen, die freien Tankstellen und Heizölhändler vor Behinderungsmissbräuchen und Diskriminierungen seitens der Mineralölkonzerne zu schützen.

Des weiteren leitete das Kartellamt in den Jahren 1981/1982 zwei Verfahren wegen mißbräuchlich überhöhter Arzneimittelpreise ein, die ebenfalls ohne rechtsförmlichen Abschluß blieben¹⁾.

noch zu S. 241 Fn. 1:

Zugleich wird dem Kartellamt empfohlen, bei gleichförmigen Preisbewegungen für Mineralölprodukte Verfahren wegen aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen gemäß § 25 Abs. 1 einzuleiten; ein Ratschlag, der angesichts der praktischen Schwierigkeit/Unmöglichkeit einer rechtsstaatlich stringenten Unterscheidung zwischen faktischer Gleichpreisigkeit und koordiniertem Verhalten wenig hilfreich ist.

- 1) Das erste Verfahren richtete sich gegen die fünf führenden Anbieter des Blutgerinnstoffes "Faktor VIII", die einen Marktanteil von rund 85% hatten. Zumeist stammten die in der Bundesrepublik offerierten Präparate aus den USA; sie wurden von den amerikanischen Herstellern über deutsche Tochterunternehmen vertrieben, wobei die hiesigen Preise sich in etwa auf das Fünffache der in den USA geforderten Preise bezifferten. Nachdem die Unternehmen während des Verfahrens ihre Preise erheblich gesenkt hatten, wurde das Mißbrauchsverfahren eingestellt (vgl. TB 1981/82, S. 25 f., 59). Das zweite Mißbrauchsverfahren richtete sich gegen die beiden Herstellerfirmen eines Antidiabetikums, das seit über 10 Jahren das umsatzstärkste deutsche Arzneimittel war und bei dem die Unternehmen einen Marktanteil von 75% innehatten. Die reinen Herstellungskosten des Präparates (ohne Vertriebs- und Forschungskosten) machten lediglich rund 10% des Herstellerabgabepreises aus. Das Kartellamt operierte in diesem Fall nicht mit dem räumlichen Vergleichsmarktkonzept zwischen dem In- und Ausland, sondern begründete den Verdacht mißbräuchlich überhöhter Preise mit der langjährigen Kosten-Erlösrelation, die ihm auch unter Berücksichtigung der besonderen Bedingungen des Pharma-Marktes ganz ungewöhnlich erschien. Das mit der Novelle von 1980 in § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 HS. 2 kodifizierte Vergleichsmarktkonzept wurde nicht als abschließende Möglichkeit verstanden, einen Preismißbrauch nachzuweisen. Um den Sachverhalt im einzelnen aufzuklären, wurde ein Auskunftsbeschuß gegen die Herstellerfirmen erlassen (vgl. TB 1981/82, S. 26, 58 f.).

Neben dem letztlich ebenfalls erfolglos gebliebenen Preismißbrauchsverfahren gegen mehrere Mineralölgesellschaften als Betreiber von Bundeautobahntankstellen, die angeblich ihr "Streckenmonopol" mißbräuchlich ausnutzten¹⁾, sind schließlich die Versuche des Kartellamtes zu nennen, die führenden Mineralölgesellschaften daran zu hindern, während der Preisabschwungphase vom September 1981 bis Mai 1982 Billigpreiszonen (sog. Preistrichter) um freie Tankstellen herum zu legen, ohne daß die Raffinerieabgabepreise für die Freien proportional gesenkt worden waren. Nach amtlicher Ansicht betrieben die Mineralölunternehmen eine "Politik der extremen Preisspaltung", wobei sie ihre marktbeherrschende Stellung in Regionen ohne wesentlichen Wettbewerb mißbräuchlich ausnutzten. Zugleich wurde die regionale und lokale Preisspaltung als Wettbewerbsbehinderung qualifiziert, insbesondere unter dem Aspekt der Verdrängung des freien mittelständischen Mineralölhandels. Dieser konnte nicht die in den Niedrigpreisgebieten erlittenen Verluste über die in Hochpreisgebieten erzielten Erlöse kompensieren, so daß er in eine existenzbedrohende Schere aus niedrigen Abgabepreisen der konkurrierenden Mineralölgesellschaften und hohen Raffinerieabgabepreisen zu geraten drohte. Zur näheren Aufklärung der Entwicklung der Tankstellenpreise sowie der Gestaltung der Händlerabgabepreise erließ das Kartellamt mehrere Auskunftsbeschlüsse gemäß § 46 i.V.m. § 22 Abs. 4 und § 37a Abs. 3, die indes allesamt vom Kammergericht mangels schlüssigen Verfolgungskonzepts sowie Anfangsverdachts einer mißbräuchlichen Preisdifferenzierung aufgehoben wurden²⁾.

Analysiert man die vorstehend skizzierten Verfahren unter der speziellen Perspektive des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2, so sind allein die zuletzt genannten "Preistrichter"-Entscheidungen aussagefähig. Einmal mehr setzt sich das KG nicht nur bezüglich des Erfordernisses

1) Vgl. TB 1981/82.

2) Vgl. im einzelnen TB 1981/82, S. 27 f., 41 f.; ferner die Beschlüsse des KG vom 13.11.1981, WuW/E OLG 2607; vom 12.02.1982, WuW/E OLG 2616; vom 12.03.1982, WuW/E OLG 2617; vom 03.05.1982, WuW/E OLG 2620.

des konkreten Mißbrauchsnachweises von den kartellamtlichen Vorstellungen ab¹⁾. Auch hinsichtlich der Klassifizierung der Mineralölgesellschaften als marktbeherrschendes Oligopol werden Meinungsunterschiede deutlich:

Das Bundeskartellamt stützt seine Ansicht vom marktbeherrschenden Oligopol der führenden fünf inländischen Mineralölunternehmen (A-Gesellschaften) zunächst auf die Vermutungsvorschrift des § 22 Abs. 3 Nr. 2b, wobei der Gesamtmarkt für Vergaserkraftstoffe nicht nur der für die Endverbraucher zu-

1) Insbesondere im Beschluß vom 12.03.1982 (WuW/E OLG 2617, 2618) vertritt das Gericht die Auffassung, daß von einem mißbräuchlichen Preisverhalten dann keine Rede sein könne, wenn ein Unternehmen Preise verlange, die unter seinen Selbstkosten lägen; bei der Feststellung eines mißbräuchlichen Preises müßten die unternehmerischen Selbstkosten den Ausgangspunkt bilden; ein marktbeherrschendes Unternehmen könne im Wege der Mißbrauchsaufsicht nicht zu Preisen gezwungen werden, die eine gewinnbringende Produktion unmöglich machen würden. Seitens der Mineralölgesellschaften sei die Verlustsituation beim Absatz von Vergaserkraftstoffen wiederholt dargelegt worden und der Wahrheitsgehalt des "Verlust-Arguments" könne nicht in Zweifel gezogen werden, da das Kartellamt dieser Einlassung nur in pauschaler Form entgegen getreten sei. - Nach Auffassung des Kartellamtes kennt hingegen ein wirksamer Wettbewerb keine Kostengarantie. Würde man marktbeherrschenden Unternehmen in Mißbrauchsverfahren Vollkostendeckung als Rechtfertigungsargument konzedieren, so würde das auf eine Privilegierung marktbeherrschender Unternehmen hinaus laufen (TB 1981/82, S. 27). Gegen die Auffassung des KG hat auch die Monopolkommission (4. Hauptgutachten, S. 159 f.) erhebliche Bedenken angemeldet. Das mißbräuchliche Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so die Detailkritik, sei nicht an die Prämisse unternehmerischer Gewinne geknüpft. Ausschlaggebend sei allein, ob bestimmte Preise - unabhängig von ihrem Beitrag zur Kostendeckung des Unternehmens - im Wettbewerb durchsetzbar seien. Andernfalls würden die Abnehmer durch unternehmerische Preissetzungen veranlaßt, unter Umständen Verluste aus geschäftlichen Fehleinschätzungen mitzutragen. Im übrigen gibt die Kommission zu bedenken, daß derartige grundsätzliche Fragen in einem Auskunftsverfahren nicht pauschal und abschließend zu erörtern sind. - Kritisch ferner zum Beschluß des KG vom 12.03.1982 Karehnke (AG 1982, S. 327 ff.), der dem Gericht vorhält, nur auf den Schutz der Verbraucher vor ausbeuterisch hohen Preisen abzustellen und den Schutz der Mitbewerber vor Behinderungen außer acht zu lassen; überdies werde langfristig der Verbraucherschutz gefährdet, wenn Dumpingpreise zur Verdrängung kleinerer Konkurrenten und zum Machtzuwachs der verbleibenden Anbieter führen würden.

gängliche Markt der öffentlichen Tankstellen als sachlich relevanter Markt betrachtet wird. Ferner wurde ein wesentlicher Binnenwettbewerb zwischen den Oligopolisten vermißt, wobei die Gleichpreisigkeit der ausschlaggebende Gesichtspunkt gewesen sein dürfte. Ergänzend wurde darauf verwiesen, daß strukturelle Gesichtspunkte die A-Gesellschaften als enges Oligopol kennzeichneten: Jedes der fünf Unternehmen verfüge im Verhältnis zu den übrigen Vergaserkraftstoffe produzierenden Gesellschaften und den Mineralölhandelsunternehmen über einen überragenden Anteil am Inlandsabsatz. Jedem Oligopolmitglied stünde ein bundesweit flächendeckendes Tankstellennetz und damit ein überragender Zugang zu den Absatzmärkten zur Verfügung. Diese Aspekte rechtfertigten insgesamt die Bejahung einer überragenden Marktstellung. Einem etwaigen Preiswettbewerb von außen komme demgegenüber nur unwesentliche Bedeutung zu¹⁾.

Das KG hingegen hat die Oligopolstellung der fünf führenden Mineralölgesellschaften teils aus allgemeinen, teils aus aktuellen Erwägungen verneint. Bei der im Rahmen der Oligopolvermutung gemäß § 22 Abs. 3 Nr. 2b vorzunehmenden Eingrenzung des relevanten Marktes ist nach seiner Auffassung nicht auf den Gesamtmarkt für Vergaserkraftstoff abzustellen, sondern ausschließlich auf den für Endverbraucher zugänglichen Markt der öffentlichen Tankstellen. Die Einbeziehung der außerhalb des öffentlichen Tankstellenmarktes abgesetzten Mengen wird rechtlich für unvertretbar gehalten, weil der im Rahmen des sog. Proper-Geschäfts abgesetzte Kraftstoff einen eigenständigen, anderen Verbrauchern unzugänglichen Markt für Großabnehmer außerhalb des öffentlichen Tankstellennetzes bilde²⁾. Darüber hinaus wurde auf die bis in die Gegenwart reichende konkrete Wettbewerbssituation auf dem Markt für Vergaserkraftstoffe abgehoben, um das Vorliegen eines marktbeherrschenden Oligopols zu verneinen: Angesichts des erheblichen Verbraucherrückgangs für Mineralölprodukte bestünden erhebliche Überkapazitäten bei

1) Die unveröffentlichten Beschlußgründe des Kartellamtes werden vom KG in der Entscheidung vom 12.03.1982 (WuW/E OLG 2617, 2618) kurz referiert; vgl. ferner den Verweis im Beschluß des KG vom 13.11.1981, WuW/E OLG 2607, 2608.

2) WuW/E OLG 2620, 2621.

den Raffinerien in der Bundesrepublik sowie im gesamten europäischen Raum mit daraus resultierender zu niedriger Kapazitätsauslastung. Da die Rohölförderung nicht hinreichend an den weltweit rückläufigen Bedarf angepaßt worden sei, existiere ein Überangebot an Mineralölprodukten. Diese Käufermarktsituation habe trotz hoher Verluste bei der Verarbeitung von Rohöl zu einem nicht unerheblichen Rückgang der Preise geführt; verschiedene Bemühungen der Markengesellschaften, die Preise für Vergaserkraftstoff zu erhöhen, seien gescheitert¹⁾. Schließlich findet sich das Argument, daß stets von Außenseitern veranlaßte Preissenkungen der Oligopolmitglieder gegen die Existenz eines marktbeherrschenden Oligopols sprechen, wobei die Quantität des Außenwettbewerbs für irrelevant deklariert wird. Falls die Oligopolmitglieder zu Preissenkungen veranlaßt würden, fehle ihnen der eine marktbeherrschende Stellung konstituierende einseitige Verhaltensspielraum bei der Entwicklung von Marktstrategien oder beim Einsatz einzelner Parameter²⁾.

Bereits die relativ geringe Zahl von Preismißbrauchsverfahren, die seit der zweiten Hälfte der 70er Jahre neu eingeleitet wurden, signalisiert eine kartellamtliche "Tendenzwende". Beschäftigte sich das Amt bis dato vorrangig mit der Problematik des Forderns mißbräuchlich überhöhter Preise³⁾, so konzentrierte es sich in der Folgezeit immer mehr auf die Bekämpfung marktstrukturverschlechternder Behinderungsstrategien. Die Bewahrung des möglichen Restwettbewerbs und die Offenhaltung der Märkte für potentielle Wettbewerber erschienen mittel- und langfristig als effektivere Alternativen zur Verhinderung von Preismißbräuchen als die direkte Preiskontrolle. Allgemein gesprochen ging es nunmehr primär darum, alle markt-

1) Ebenda, OLG 2622. - Das Vorliegen einer überlegenen Marktmacht gegenüber den kleinen und mittleren Wettbewerbern gemäß § 37a Abs. 3 wurde hingegen vom Gericht für gegeben erachtet. Bezüglich dieser im Rahmen der Novellierung von 1980 eingefügten Interventionsnorm wurde indes der Anfangsverdacht einer unbilligen Behinderung der freien Tankstellen als Wettbewerber verneint (ebenda).

2) WuW/E OLG 2616, 1617; ferner gab das Gericht zu bedenken, daß die Preise auf dem Vergaserkraftstoff-Markt zur Zeit rückläufig seien, so daß auch die aktuellen Wettbewerbsverhältnisse gegen die Existenz eines Oligopols sprächen.

3) Vgl. TB 1976, S. 24 ff., 1977, S. 23 f.

strategischen ("leistungsfremden") Maßnahmen eines Unternehmens zu erfassen, die geeignet waren, seine marktbeherrschende Stellung abzusichern, auszubauen oder auf andere Wirtschaftsstufen oder Drittmärkte auszudehnen, wobei der Wettbewerb bereits aufgrund der Existenz eines marktbeherrschenden Einzelunternehmens respektive Oligopols als geschwächt betrachtet wurde. Insoweit sollte es ausreichen, daß eine weitere Verschlechterung der Marktstrukturen zu erwarten war. Nur auf diese Weise glaubte das Kartellamt dem Präventionszweck der Mißbrauchsaufsicht gerecht zu werden, den Restwettbewerb zu erhalten und die Ausweitung irreparabler Marktstrukturen schon im Ansatz zu verhindern¹⁾.

-
- 1) Vgl. TB 1979/80, S. 29; zur bisherigen Fallpraxis zum Behinderungsmißbrauch vgl. statt vieler Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 22 Rdnr. 100-147. - Die bisherige Praxis zum Behinderungsmißbrauch ist für den vorliegenden Untersuchungszusammenhang weitgehend unergiebig. Lediglich in dem Verfahren "Identteile", in dem das Kartellamt die von VW praktizierte Ausschließlichkeitsbindung für den Bezug von Originalersatzteilen beanstandete (WuW/E BKarta 1781, 1783), wurde VW zusammen mit Opel und Ford als Anbieter von Neufahrzeugen der Pkw-Mittelklasse als marktbeherrschendes Oligopol i.S. des § 22 Abs. 2 qualifiziert. Ungeachtet der Tatsache, daß den drei Anbietern bereits wegen ihres hohen Marktanteils - dieser betrug 1977 ca. 69%, so daß der Vermutungstatbestand des § 22 Abs. 3 Nr. 2a erfüllt war, - eine überragende Marktstellung gegenüber den Konkurrenten zugeschrieben wurde, wurde gegen die Annahme eines wesentlichen Binnenwettbewerbs insbesondere ins Feld geführt, daß die Unternehmen seit Jahren, letztmalig im Frühjahr 1979, eine parallele Preiserhöhungspolitik mit VW als Marktführer praktizierten. Da die Preiserhöhungen stets - unabhängig von der Absatzlage - mit einer Kostensteigerung gerechtfertigt worden seien, stelle sich die Preispolitik "als eine solche von Kostenüberwälzern dar, die auf die jeweilige Marktlage keine Rücksicht zu nehmen brauchen" (ebenda, 1783). Auch den Hinweis auf den Einsatz von Nichtpreisparametern (Qualität, Ausstattung, Service) ließ das Kartellamt nicht gelten: Seit Verlängerung der Garantiefristen von 6 auf 12 Monate im Jahre 1975 vermüßte es "wesentliche Verbesserungen bei Qualität, Ausstattung und Service, die nicht schon bei den Preiserhöhungen berücksichtigt wurden". Daß immer wieder neue oder verbesserte Modelle auf den Markt gebracht werden, wurde zwar eingeräumt. Dieser Qualitätswettbewerb wurde indes nicht als wesentlicher Wettbewerb verstanden, da mit den Verbesserungen entsprechende Preiserhöhungen verbunden worden seien. - Das KG sowie der BGH haben sich zur Normadressateneigenschaft der Pkw-Hersteller nicht geäußert. In beiden Rechtsmittelscheidungen (Beschluß des KG vom 28.11.1979, WuW/E OLG 2247; Beschluß des BGH vom 22.09.1981, WuW/E BGH 1829) wurde die Frage, ob die Unternehmen als marktbeherrschend i.S. des § 26 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 22 anzusehen sind, offengelassen. Das KG

Bestimmend für diesen "Gesinnungswandel" des Kartellamtes, das Schwergewicht der Aktivitäten im Mißbrauchsbereich auf die Bekämpfung marktstrukturverschlechternder Behinderungsstrategien zu legen, waren zahlreiche Faktoren:

Bereits während des Musterverfahrens gegen Hoffmann-La Roche kristallisierte sich heraus, daß Preishöhenkontrollen lediglich einem "Kurieren an Symptomen"¹⁾ gleichkamen und der beanstandete Preismißbrauch tatsächlich nicht beseitigt werden konnte. Die Voraussetzungen mißbräuchlich überhöhter Preise wurden von der Rechtsprechung relativ hoch angesetzt und die auf dem räumlichen Vergleichsmarktkonzept beruhende Preismißbrauchsaufsicht mußte immer dann an Grenzen stoßen, wenn - wie im Pharmabereich - die wettbewerbliche Kontrolle deshalb versagte, weil der Wettbewerbsmechanismus durch besondere staatliche oder institutionelle Regelungen auf dem relevanten Markt und dem ausländischen Vergleichsmarkt außer Kraft gesetzt war. Zudem ließ die lange Verfahrensdauer selbst im Falle eines endgültigen Unterliegens einen Rechtsstreit für das betroffene Unternehmen mit Rücksicht auf die zwischenzeitlich erzielten Mehrerlöse durchaus lohnend erscheinen. Angesichts der vormaligen Gesetzeslage sah sich das Kartellamt daher nicht veranlaßt, vergleichbare Fälle vorrangig aufzugreifen²⁾.

Diese materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Restriktionen wurden nicht durch die Novelle von 1980 beseitigt. Zwar wurde durch die Einführung einer rückwirkenden Scha-

noch zu S. 247 Fn. 1:

unterstellte VW als marktstarkes Unternehmen dem Diskriminierungsverbot gemäß § 26 Abs. 2 S. 2 und ließ die Frage offen, ob zugleich die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 S. 1 (marktbeherrschendes Unternehmen) gegeben waren. Da die Feststellung eines marktstarken Unternehmens gemäß § 26 Abs. 2 S. 2 von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen wurde, ist der BGH auf die Frage der Normadressateneigenschaft nicht näher eingegangen (WuW/E BGH 1831).

1) TB 1981/82, S. 25.

2) Zu diesen Motiven vgl. TB 1977, S. 23; TB 1978, S. 27; TB 1979/80, S. 26 f.; TB 1981/82, S. 25.

densersatzpflicht (§ 35 Abs. 2) und der Mehrerlösabschöpfung (§ 37 b) der Anreiz für die Unternehmen vermindert, die Verfahren in die Länge zu ziehen. Gleichwohl war nicht auszuschließen, daß sich die vor Gericht gelangenden Fälle auch zukünftig über mehrere Jahre hinweg hinziehen würden, so daß sich die Markt- und Preissituation bei Abschluß des Verfahrens häufig geändert hatte. Bei einer wesentlichen Änderung der Daten zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung konnte eine Mißbrauchsverfügung jedoch einer gerichtlichen Nachprüfung nicht standhalten; hier hatte das Kartellamt lediglich die Möglichkeit, den Mehrerlös aus dem vom Gericht für die Vergangenheit festgestellten Mißbrauch abzuschöpfen (§ 70 Abs. 3)¹⁾.

Außerdem versprach sich das Kartellamt von einer Unterbindung der Behinderungspraktiken einen besseren Schutz des Restwettbewerbs auf dem beherrschten Markt. Die Preissetzungsspielräume marktbeherrschender Unternehmen schienen häufig nur die Folge von Behinderungshandlungen zu sein. Daher war eine Kausaltherapie geboten, welche mit der Beseitigung der wettbewerbsbeschränkenden Ursachen zugleich zum Fortfall des Preismißbrauchs führte²⁾.

Die relativ geringe Zahl von neu eingeleiteten Preismißbrauchsverfahren war nicht nur das Ergebnis solcher wettbewerbstheoretischen Überlegungen und einer bewußten ordnungspolitischen Zurückhaltung, welche die Kritik der vorherrschenden Meinung in der Wissenschaft sowie insbesondere die Position der Monopolkommission zur Kenntnis nahm³⁾. Hinzu kam eine Veränderung des ökonomischen Datenkranzes: Die rezessive Wirtschaftsentwicklung sowie der scharfe Außenwettbewerb trugen dazu bei, daß auch Unternehmen mit überragender Marktstellung kaum die Möglichkeit hatten, ihre Preisvorstellungen durchzusetzen.

1) Vgl. TB 1979/80, S. 27.

2) Vgl. TB 1981/82, S. 25.

3) Zu nennen sind hier insbesondere die Autoren, die den Theorien der Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsbeschränkungen (Hoppmann, Mestmäcker, Möschel u.a.) zuzuordnen sind. Zur Kritik der Monopolkommission an den Preiskontrollen vgl. insb. Sondergutachten I sowie Hauptgutachten 1978/1979, S. 137 ff.

Lediglich auf einigen atypischen Märkten (so bei pharmazeutischen Produkten und bei Mineralölerzeugnissen) schien dies noch möglich zu sein¹⁾. Ansonsten war zu beobachten, daß mit nachlassender Konjunktur marktbeherrschende Unternehmen versuchten, ihre Machtposition mit leistungsfremden Mitteln abzusichern und auszubauen, leistungsfähige Unternehmen vom Markt zu verdrängen und die Zutrittsschranken für Newcomer unangemessen zu erhöhen; daher erlangten Behinderungsmißbräuche für die schwächeren Mitbewerber, für Newcomer und damit für die Marktstrukturen insgesamt eine erhöhte Bedeutung²⁾.

Vornehmlich gegen solche marktstrukturverschlechternden Behinderungsstrategien vorzugehen, entsprach schließlich der mit der Novelle von 1980 verfolgten Intention des Gesetzgebers, der in Gestalt der neuen §§ 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 und § 37a Abs. 3 die Interventionsmöglichkeiten des Amtes in diesem Bereich gezielt verbessern wollte.

b) Daten zur Fusionskontrolle von Oligopolunternehmen

aa) Versagen der Regelung von 1973

Die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 hat in der Rechtsanwendungspraxis nicht nur eine Rolle im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht gespielt. Nicht weniger bedeutsam sollte die Beantwortung dieser normativen Frage wer-

1) Bei der pharmazeutischen Industrie liegen die Besonderheiten vor allem in der Dreiteilung der Medikamentennachfrage in verschreibende Ärzte, konsumierende Patienten auf zahlende Krankenkassen. Trifft diese institutionelle Besonderheit auf eine hohe Konzentration des Angebots und einen starken Einsatz des Marketinginstrumentariums (Werbung, Pharamberater etc.), so fehlen die wesentlichen Voraussetzungen für einen Preiswettbewerb. Ebenfalls struktureller Art sind die Besonderheiten der Mineralölindustrie. Die sieben größten Unternehmen vereinigen bei sämtlichen Mineralölprodukten insgesamt einen Marktanteil von rund 2/3 auf sich. Diese Strukturdaten machen im Zusammenspiel mit der relativ weitgehenden Homogenität der Produkte den wiederholten kartellamtlichen Einsatz der Preismißbrauchsaufsicht in diesem Bereich plausibel (vgl. TB 1981/82, S. 25 f.).

2) So bereits TB 1977, S. 25.

den im Zusammenhang mit der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, die erstmalig mit der Novelle von 1973 - unter Anknüpfung an den Begriff der "marktbeherrschenden Stellung" (§ 24 Abs. 1) - eingeführt wurde und seither durchgängig einen (weiteren) Schwerpunkt der kartellamtlichen Aktivitäten bildete.

In spezieller Perspektive auf die Erfassung des durchaus wichtigen Teilbereichs der horizontalen Zusammenschlußfälle konnten zwar die Konzentrationstendenzen spürbar verringert werden; insoweit zeitigten die Erfahrungen ein Ergebnis, das weitgehend als zufriedenstellend bezeichnet wurde¹⁾. Unbefriedigend blieb indes das Instrumentarium bei der Erfassung von (horizontalen) Zusammenschlüssen auf Oligopolmärkten:

Die Vermutung des § 22 Abs. 3 Ziff. 2, daß durch einen Zusammenschluß ein marktbeherrschendes Oligopol entsteht oder verstärkt wird, konnte von den Unternehmen widerlegt werden, falls sie den Nachweis erbrachten, daß zwischen ihnen wesentlicher Wettbewerb bestand. Diesen Nachweis sah das Kartellamt häufig als erbracht an, so daß es sich in einer Vielzahl von auch wettbewerbspolitisch bedenklichen Zusammenschlüssen außerstande sah, eine Untersagung auszusprechen. Nach Ansicht des Amtes war die Anwendung des § 24 Abs. 1 auf Zusammenschlüsse im Oligopol insgesamt weitgehend ausgeschlossen, da sich das Fehlen eines wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis eines Oligopols nicht nachweisen ließ²⁾.

Ferner wurden in mehreren Fällen unter Hinweis auf die Abwägungsklausel des § 24 Abs. 1 S. 1 Zusammenschlüsse nicht untersagt, wenn durch den Zusammenschluß der Abstand des zusammengeschlossenen Unternehmens zum Marktführer geringer geworden

1) Vgl. Monopolkommission, 1. Hauptgutachten, TZ 912 ff. Eine entscheidende Rolle haben dabei die Vermutungen des § 22 Abs. 3 gespielt. Zugleich leisteten sie einen wichtigen Beitrag zu der in diesem Bereich nicht unerheblichen "Vorfeldwirkung", da sie deutlich und für die betroffenen Unternehmen anhand der Marktanteilskriterien nachvollziehbar aufzeigten, ob ein horizontaler Zusammenschluß den Untersagungsbereich erreichte oder nicht.

2) Zur Praxis der Kartellamtes bei Zusammenschlüssen auf Oligopolmärkten vgl. insbesondere die kritische Darstellung der Monopolkommission im 2. Hauptgutachten, TZ 406, 419 ff.

war. Insgesamt schätzte das Kartellamt die Voraussetzungen für Wettbewerb im Oligopol umso günstiger ein, je ausgeglichener die auf die Marktanteile bezogenen Unternehmensgrößen waren. Von einer Verringerung der Größendifferenz innerhalb des Oligopols versprach man sich ein Mehr an Wettbewerb, wobei unterstellt wurde, daß die zusammengeschlossenen Unternehmen die überragende Position des Marktführers zukünftig besser angreifen könnten. Als Besonderheit kam in der Mehrzahl solcher "Aufholfusionen" hinzu, daß es sich um Sanierungsfusionen handelte. Hier erblickte das Kartellamt eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen darin, daß die Zulassung der Fusionen zu Marktverhältnissen führen würde, die besser seien, als sie bei Ausscheiden des sanierungsbedürftigen Unternehmens zu erwarten seien; denn bei Ausscheiden des Unternehmens würden dessen Marktanteile vermutlich zu einem großen Teil dem ohnehin überragenden Marktführer zuwachsen¹⁾.

1) Mestmäcker (in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 24 Rdnr. 44) bilanziert insoweit, daß die Prüfung, ob zwischen den Unternehmen einer Oligopolgruppe infolge des Zusammenschlusses aus tatsächlichen Gründen kein Wettbewerb zu erwarten ist, unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet habe; Kriterien für die Beurteilung des Konzentrationsprozesses in Oligopolen seien von der vormaligen Praxis nicht entwickelt worden. - Zur Erwidern des Kartellamtes auf die Kritik der Monopolkommission vgl. auch TB 1978, S. 25 f. Unzulänglich blieb die Fusionskontrolle von 1971 auch bei Zusammenschlüssen mit Wirkung auf vor- oder nachgelagerte Marktstufen (vertikale Konzentration) und auf Märkten, die weder gleichgelagert sind noch in einer Stufenbeziehung stehen (konglomerate Konzentration). Auch solche Zusammenschlüsse wollte der Gesetzgeber mittels der Ressourcenbetrachtung gemäß § 22 Abs. I Nr. 2 erfassen. Bereits in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des Kartellamtes von 1975 mußte jedoch die Bundesregierung die Frage als offen bezeichnen, ob und inwieweit die Ressourcenbetrachtung ausreicht, einem wettbewerbsschädigenden Vordringen sehr großer Unternehmen auf vor- und nachgelagerte Marktstufen oder auf für sie neue, oft mittelständisch strukturierte Märkte entgegenzuwirken (BT-Drucksache 7/5390, S. II). Der Nachweis der Untersagungsvoraussetzungen scheiterte zumeist daran, daß nicht - wie bei horizontalen Zusammenschlüssen - Marktanteilsvermutungen bestanden, auf die hätte zurückgegriffen werden können. Obwohl der Gesetzgeber bei der Feststellung einer überragenden Marktstellung gemäß § 22 Abs. Nr. 2 "insbesondere" auf die Ressourcen und erst in zweiter Linie auf den Marktanteil abgehoben hatte, wurde letztlich doch wiederum den Marktanteilen die entscheidende Bedeutung beigemessen (zur Entscheidungspraxis sowie Reaktion des Gesetzgebers im Jahre 1980, der in Gestalt des § 23a diese Lücken schließen wollte, vgl. statt vieler die Kommentierung von Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 23a).

bb) Sachverhalt und wettbewerblicher Hintergrund der einschlägigen Verfahren

aaa) Die Verfahren "Blei- und Silberhütte Braubach" (§ 22 Abs. 2, 3) und "Texaco-Zerssen" (§ 22 Abs. 2)

Soweit es zu Entscheidungen gemäß § 24 Abs. 1 i.V.m. § 22 Abs. 2 gekommen ist, standen Marktanteile zusammen mit dem Vermutungstatbestand des § 22 Abs. 3 Nr. 2 sowie die Strukturmerkmale des § 22 Abs. 1 Nr. 2 (Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten etc.) im Vordergrund¹⁾. Im übrigen ließ sich das Kartellamt von folgenden Kriterien leiten:

fehlender Produkt- bzw. Qualitätswettbewerb aufgrund völliger Homogenität der Produkte²⁾,

fehlender Preiswettbewerb wegen identischer Berechnungsgrundlagen³⁾ oder gleichlautender Listenpreise⁴⁾,

gleichförmige Preisentwicklung und Konstanz der Marktanteile⁵⁾, vielfältige Kooperationsformen wie im Mineralölbereich z.B. Gemeinschaftsraffinerien, Verarbeitungsverträge, Vereinba-

noch zu S. 252 Fn. 1:

- Schließlich erwies sich die Toleranzklausel des § 24 Abs. 8 durch die zahlreiche Zusammenschlüsse jeglicher Kontrolle entzogen worden waren, da man sie gesamtwirtschaftlich für weniger bedeutsam gehalten hatte, als zu weitreichend. Insbesondere die sog. Anschlußklausel des § 24 Abs. 8 Nr. 2 (Freistellung bei Aufkauf eines Unternehmens mit einem Umsatz von unter 50 Mio. DM) wurde von Größtunternehmen genutzt, um in mittelständisch strukturierte Märkte einzudringen (vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 1, TZ 924 ff.; Hauptgutachten 2, TZ 469 ff.).

1) Zu den Nachweisen im einzelnen vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 22 Rdnr. 59 sowie Mestmäcker ebenda, § 24 Rdnr. 44.

2) WuW/E BKartA 1799, 1800 "Blei- und Silberhütte Braubach"; WuW/E BKartA 1571, 1574 "Kaiser-VAW".

3) WuW/E BKartA 1799, 1800 "Blei- und Silberhütte Braubach".

4) WuW/E BKartA 1571, 1573 "Kaiser-VAW".

5) WuW/E BKartA 1517, 1520 "Bitum-Verkaufsgesellschaft".

rung von Austauschmengen, gemeinsame Pipelines u. dgl.¹⁾.

Ferner wurde eine marktbeherrschende Stellung bzw. das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs aus einem gemäß § 99 zulässigen Kartellvertrag abgeleitet; einzelne Qualitäts- und Serviceunterschiede sollten demgegenüber zurücktreten²⁾.

Wettbewerb in Randbereichen (Service, Liefersicherheit) sollte innerhalb der für notwendig erachteten Gesamtbetrachtung das Bild nicht verändern³⁾. In der Entscheidung "Texaco-Zerssen", der Untersagung eines Zusammenschlusses zwischen einem Heizölhersteller und -händler, hat das Kartellamt fehlenden wesentlichen Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 aufgrund einer umfassenden Struktur- und Verhaltensanalyse festgestellt⁴⁾.

Von den soeben ausschnittshaft zitierten Entscheidungen sind für den vorliegenden Untersuchungszusammenhang insbesondere zwei Verfahren, die jeweils durch höchstrichterliche Entscheidungen ihr Ende fanden, von unmittelbarer Aussagerelevanz. Gemeint ist zum einen das Verfahren in Sachen "Blei- und Silberhütte Braubach", in dem das Amt einen Anteilserwerb in Höhe von 50% durch die Tonolli International an der Blei- und Silberhütte Braubach, einer (vormaligen) 100%igen Tochtergesellschaft der Metallgesellschaft, mit der Begründung untersagte, es sei zu erwarten, daß sich durch den Zusammenschluß auf dem Bleimarkt die marktbeherrschende Stellung eines aus der Preussag AG, Hannover (Preussag), (Marktanteil 1977 von 30,7%), und der Metallgesellschaft AG, Frankfurt, (Metallgesellschaft) (Marktanteil 1977 von 23,3%), gebildeten Duopols verstärkte. Hier war darüber zu befinden, ob trotz fehlenden Produktwettbewerbs (völlige Homogenität des Gutes wegen DIN-Qualität) und branchenüblicher Gleichpreisigkeit (Orientierung an den Notierungen der Londoner Metallbörse) noch von einem wesentlichen

1) WuW/E BKartA 1457, 1460 "Veba-Gelsenberg"; vgl. ferner WuW/E BKartA 1571, 1573 "Kaiser-VAW".

2) WuW/E BKartA 1361, 1367 "Fernost-Schiffahrtskonferenz".

3) Vgl. WuW/E BKartA 1799, 1801 "Blei- und Silberhütte Braubach"; WuW/E BKartA 1571, 1573, 1574 "Kaiser-VAW".

4) WuW/E BKartA 1840.

Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 gesprochen werden konnte, weil ein (durch die Transportkosten gedämpfter) geringfügiger Prämienwettbewerb (Zu- oder Abschläge in einer Größenordnung von 0,7%-1% des Grundpreises der Londoner Metallbörse) ausgetragen wurde und die Unternehmen überdies einige Nichtpreisparameter (Service, Verkaufskonditionen und Beratung) einsetzten.

Der zweite unmittelbar einschlägige Rechtsstreit - das Verfahren "Texaco AG (Texaco)-Zerssen - ist vor dem folgenden allgemeinen Hintergrund zu sehen:

In der zweiten Hälfte der 70er Jahre waren die großen Mineralölkonzerne durch den Erwerb einer Vielzahl von Handelsunternehmen verstärkt in den ursprünglich mittelständisch strukturierten Verteilermarkt eingedrungen¹⁾. Dieser "Invasion" mußte das Kartellamt weitgehend tatenlos zusehen, da ihm durch die Anschlußklausel des § 24 Abs. 8 Nr. 2 (Freistellung bei Aufkauf eines Unternehmens mit einem Umsatz von unter 50 Mio. DM) die Hände gebunden waren²⁾. Ökonomisch begünstigt wurde das Aufkaufen kleiner Konkurrenten dadurch, daß im Jahre 1979 die Preise für sog. freie Importe für Rohöl und Ölprodukte weit über die Abgabepreise der großen Raffineriegesellschaften an ihre Vertragshändler stiegen, so daß die freien Importeure nicht oder nur unter großen Verlusten Produkte über den freien Import beziehen und verkaufen konnten³⁾. Nachdem die Strategie (punktueller) Preismißbrauchsinterventionen sich einmal mehr als untauglich herausgestellt hatte⁴⁾, versuchte das Kartellamt

1) Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1, TZ 924 ff., 958 ff.; BKartA, TB 2977, S. 17 f.; Monopolkommission, Hauptgutachten 2, TZ 470 ff.; BKartA, TB 1979/80, S. 46.

2) Daher empfahl die Monopolkommission wiederholt (Hauptgutachten 1, TZ 958, Hauptgutachten 2, TZ 472), die Anschlußklausel des § 24 Abs. 8 Nr. 2 zu streichen.

3) Erst auf Intervention des Kartellamtes belieferten die großen Raffineriegesellschaften auch die freien Händler. Nach Normalisierung der Preissituation befanden sich die "Freien" in dem Dilemma, sich entweder wiederum auf den billigeren freien Importmärkten zu versorgen, auf die Gefahr hin, wiederum in eine existenzgefährdende Situation zu kommen, oder sich an die Branchenführer anzulehnen und von diesen zwar teurere, jedoch "krisensichere" Produkte zu beziehen; vgl. hierzu im einzelnen Paetow/Tonner, DB 1983, S. 700.

4) Vgl. oben S. 241.

nunmehr - in Übereinstimmung mit seiner neuen Schwerpunktkonzeption ("von der Verhaltenskontrolle zur Bekämpfung struktureller Ursachen") und animiert durch die 4. Kartellrechtsnovelle, die u.a. mit der modifizierten Anschlussklausel wettbewerbs-schädlichen Strukturentwicklungen entgegentreten wollte¹⁾, - eine weitere Verschlechterung der Marktstruktur im Mineralölbereich zu verhindern. Mit jeder weiteren Bindung bisher unabhängiger Händler an die Raffineriegesellschaften drohte der noch denkbare Wettbewerb angesichts der Ressourceneinbringung auch auf dem regionalen Markt weiter eingeschränkt zu werden²⁾. Deshalb erging eine Untersagungsverfügung, als Texaco zusammen mit dem Handelsunternehmen Zerssen zum Zwecke der Zusammenfassung des Mineralölhandels beider Unternehmen im nördlichen Schleswig-Holstein die Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft anmeldete, an der Texaco 45% und Zerssen 55% der Anteile erwerben sollten.

Ebenso wie in dem Parallelverfahren Mobil Oil/Mertl³⁾ und Total/Speier⁴⁾ ging das Kartellamt zunächst davon aus, daß auf dem Markt für leichtes Heizöl (HEL) die 16 Raffineriege-

1) Die Anschlussklausel des § 24 Abs. 8 Nr. 2 wurde zwar nicht, wie insbesondere von der Monopolkommission gefordert worden war, ersatzlos gestrichen; sie wurde jedoch aufgehoben für die Fälle, in denen das aufkaufende Unternehmen Umsatzmiliidär ist und das sich anschließende Unternehmen einen Jahresumsatz von weniger als 4 Mio. hat.

2) Vgl. TB 1979/80, S. 46 f.

3) Vgl. AG 1981, S. 290.

4) Vgl. Beschluß vom 17.08.1981, B 8-66/81.

sellschaften ein marktbeherrschendes Oligopol bildeten¹⁾. Neben zahlreichen anderen Problembereichen stand im Texaco-Zerssen-Verfahren die Frage im Vordergrund, ob und unter welchen Prämissen fehlender Preiswettbewerb allein das Tatbestandsmerkmal des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs im Binnenverhältnis eines Oligopols (§ 22 Abs. 2) begründet²⁾.

1) Im September 1981 ging das Kartellamt aufgrund der Marktentwicklung nicht mehr ungebrochen von der Existenz eines 16er-Oligopols aus. Im Beschwerdeverfahren Texaco-Zerssen wurde hilfsweise die These eines Oligopols der sieben größten Mineralölgesellschaften (Chevron Erdöl Deutschland GmbH, Conoco Mineralöl GmbH, Deutsche BP AG, Deutsche Marathon Petroleum GmbH, Deutsche Shell AG, Esso AG, Mobil Oil AG, Deutsche Texaco AG) favorisiert. Durch die Annahme eines 7er Oligopols sollte der Nachweis möglich werden, daß durch einen Zusammenschluß mittelständischer Mineralölhändler mit einem der kleineren Oligopolmitglieder (AGIP, Chevron, Elf, Fina etc.) Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, weil dadurch das Kräfteverhältnis innerhalb des Oligopols ausgeglichener sei, ohne daß sich das Oligopol selbst wesentlich verenge. Wettbewerbstheoretisch lag dieser Meinungsänderung der Gedanke zugrunde, daß die mittelständische Substanz auf dem Markt für HEL ausgedünnt würde und daß - wenn überhaupt - wettbewerbliche Impulse nur noch von den kleineren Raffineriegesellschaften zu erwarten seien. Demgemäß wurden zahlreiche Fusionsfälle zwischen kleineren Raffineriegesellschaften und mittelständischen Mineralölhändlern nicht untersagt und die Untersagung im Fall Total/Speier wurde zurückgenommen (vgl. hierzu im einzelnen die kritische Darstellung der Monopolkommission Hauptgutachten 4, S. 179 ff.).

2) Das Kartellamt hat bei diesem Verfahren "Flankenschutz" durch die Monopolkommission erhalten: Wenngleich die Kommission in der Frage der Preisüberhöhungskontrolle grundsätzlich eine skeptische, wenn nicht gar ablehnende Position bezog, so hatte sie doch an der "Preistrichter"-Entscheidung des KG vom 12.03.1982 nicht unerheblich Kritik geübt (vgl. oben S. 243). Zum Texaco-Zerssen-Verfahren äußerte sich die Kommission zwar nicht explizit. Am Ende ihrer Branchenuntersuchung über die Mineralölindustrie konstatiert sie jedoch ein "friedliches Oligopolverhalten" sowie eine "Verkrustung der Marktstrukturen", die zur Ausbreitung der offenen Kooperation in Gestalt einer Vielzahl von Gemeinschaftsunternehmen sowie in einer abwechselnd übernommenen, barometrischen Preisführerschaft ihren Niederschlag findet. Insgesamt hat die Kommission den Eindruck von einer inkompetitiven Struktur der Mineralölindustrie, bei der die relativ kleinen Reservate mittelständischer Aktivitäten (wie etwa die Vermarktung von HEL oder in noch geringerem Umfang von Vergaserkraftstoffen) dem Produktimport verdanken, der indes - bei erneuten internationalen Rohölkrisen - schnell zum Erliegen kommen könne, zumal mit einem weiteren Vordringen der vertikal strukturierten Konzerne in diese Reservate auch zukünftig zu rechnen sei (vgl. Hauptgutachten 4, S. 280).

bbb) Das Verfahren "Morris/Rothmans" gem. § 23a Abs. 2

Der dritte unmittelbar einschlägige Rechtsstreit - das Untersuchungsverfahren in Sachen "Morris/Rothmans" - bezieht sich auf den 1980 eingefügten Untersuchungsstatbestand der qualifizierten Oligopolvermutung des § 23 a Abs. 2, der die kartellamtliche Tätigkeit - in Reaktion auf die Schwierigkeiten, horizontale Oligopolzusammenschlüsse mit den Vorschriften des vor-maligen Rechts zureichend zu erfassen¹⁾, - mit einer echten Beweislastumkehr erleichtern will²⁾. Zu beurteilen war ein Auslandszusammenschluß, der sich möglicherweise unmittelbar auf die inländischen Wettbewerbsverhältnisse auswirkte: Die Philip Morris Inc., New York, deren Tochtergesellschaft Philip Morris GmbH, München, zu den fünf führenden Anbietern auf dem deutschen Zigarettenmarkt zählt, hatte von dem südafrikanischen Mischkonzern Rembrandt Group Lt. 50% des stimmberechtigten Kapitals der Rothmans Tobacco Holdings, London erworben; die andere Hälfte der Anteile war bei der Rembrandt Group verblieben. Rothmans Tobacco Holdings ist eine Verwaltungsgesellschaft, die den Rothmans-International-Konzern führt, zu dem die Martin Brinkmann AG, Bremen, der drittgrößte Zigaretten- und größte Rauchwarenanbieter in der Bundesrepublik Deutschland, gehört. Das Bundeskartellamt hat diesen Zusammenschluß,

1) Vgl. oben S. 250.

2) Die an einem bestimmten Konzentrationsgrad anknüpfende Vermutung kann nur durch den Nachweis widerlegt werden, daß die Marktstruktur auch nach dem Zusammenschluß wesentlichen Wettbewerb erwarten läßt (vgl. BKartA, WuW/E 1943, 1947; KG WuW/E OLG 3051, 3071), jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur sowie unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien). - Im Gegensatz dazu haben die "einfachen" Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 lediglich die Eigenschaft eines Aufgreifkriteriums, das allein im Falle eines "non liquet" entscheidungserhebliche Bedeutung hat; die Amtsermittlungspflicht des Kartellamtes bleibt unberührt; die Vermutung wirkt sich nur dann zu Lasten des betroffenen Unternehmens aus, wenn die Frage, ob der Marktbeherrschungstatbestand vorliegt oder nicht, nach Abschluß der Ermittlungen im Amts- und Beschwerdeverfahren offen bleibt (vgl. insoweit BGH WuW/E 1748, 1754 "Klößner-Becorit" zu § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1; KG WuW/E OLG 3051, 3071 "Morris-Rothmans", jeweils mit zahlreichen Literaturnachweisen; zur Bedeutung und Reichweite der Vermutungen des § 22 Abs. 3 sowie des § 23a Abs. 2 vgl. auch Monopolkommission, Hauptgutachten 4, S. 173 f.).

der zur Mitherrschaft von Philip Morris über Rothmans-International und damit mittelbar über die Martin Brinkmann AG führte, untersagt, wobei das Auflösungsverfahren ausdrücklich auf die Beseitigung seiner Inlandswirkungen begrenzt wurde¹⁾.

Die führenden fünf Anbieter auf dem deutschen Zigarettenmarkt (Reemtsma, B.A.T., Brinkmann, Morris und Reynolds) erreichten nach den amtlichen Feststellungen zusammen einen Marktanteil von 99%; zusammen mit Brinkmann hatte Morris mit einem Marktanteil von 31,2% die führende Marktstellung, so daß der Konzentrationsgrad, an den § 23 Abs. 2 S. 1 die qualifizierte Marktbeherrschungsvermutung knüpft, erreicht war.

Den betroffenen Unternehmen oblag mithin der Nachweis, daß die Marktstruktur auch nach dem Zusammenschluß wesentlichen Wettbewerb erwarten ließ, und in diesem Zusammenhang wurden die folgenden, unmittelbar einschlägigen Fragen virulent:

Kann wesentlicher Wettbewerb durch Werbeaktivitäten, die weder einen Bezug zum Preis noch zur Qualität eines Gutes haben (sog. Imagewerbung), wesentlichen Wettbewerb begründen?

Sind Markenvielfalt, Geschmacksveränderungen, Wettbewerb mit Werbeideen in Verbindung mit der Neueinführung von Produkten als wesentlicher Qualitätswettbewerb zu apostrophieren?

Indizieren nachfragebedingte Einschränkungen des Preisgestaltungsspielraums funktionsfähigen Wettbewerb?

1) WuW/E BKartA 1943. - Der Beteiligungserwerb erfolgte unmittelbar nur zwischen ausländischen Unternehmen und wurde auch im Ausland vollzogen. Beide Gesellschaften hatten jedoch Tochterunternehmen im Inland, die nach dem Zusammenschluß ihrer Muttergesellschaften nach Ansicht des Kartellamtes keine unabhängigen Wettbewerber mehr waren. Da der Zusammenschluß dieser beiden inländischen Gesellschaften nach amtlicher Meinung zur Verengung des marktbeherrschenden Oligopols auf dem deutschen Zigarettenmarkt und damit zu einer schwerwiegenden Verschlechterung der inländischen Wettbewerbsstruktur führte, wurde der Zusammenschluß insgesamt untersagt, wobei jedoch verfügt wurde, daß sich die Auflösung des Zusammenschlusses lediglich auf die Beseitigung der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen auf dem inländischen Zigarettenmarkt zu erstrecken hatte (vgl. im einzelnen zur Frage, ob der Beteiligungserwerb zwischen ausländischen Unternehmen einer Untersagung entgegensteht, WuW/E BKartA 1953 ff.; KG WuW/E OLG 3051 ff.).

Und nicht zuletzt: Kann auf einem Markt, dessen Zutritt infolge des Werbeaufwandes beschränkt ist, auf dem eine kostspielige Einführungswerbung notwendig ist, der insgesamt stagniert, auf dem die führenden Unternehmen über vergleichbare Ressourcen verfügen und eine weitgehende Markttransparenz, eine technische Produkthomogenität sowie ein preisliches Parallelverhalten auszumachen sind, zukünftig von der Entfaltung wesentlichen Wettbewerbs ausgegangen werden?

Welche Antworten auf diese Fragen gegeben worden sind, respektive in welcher Weise der Begriff des wesentlichen Wettbewerbs in den beiden erstgenannten Verfahren konkretisiert worden ist, soll im folgenden nachgezeichnet werden¹⁾.

-
- 1) Im Ausgangspunkt bestehen zwischen dem Begriff des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 im Rahmen der Verhaltenskontrolle und im Rahmen der Fusionskontrolle Unterschiede, die sich aus der unterschiedlichen Zielrichtung ergeben. Bei der fusionsrechtlichen Prüfung stehen marktstrukturelle Gesichtspunkte im Vordergrund (so grundlegend WuW/E BGH 1501, 1506 "Kfz-Kupplungen"). Ebenso wie bei § 22 ist jedoch auch hier eine Gesamtbetrachtung aller maßgebenden Umstände, insbesondere eine Berücksichtigung der auf dem relevanten Markt vorherrschenden Wettbewerbsverhältnisse notwendig; dies gilt insbesondere für die Frage, ob zwischen dem als Oligopol bezeichneten Unternehmen im Innenverhältnis wesentlicher Wettbewerb besteht (BGH WuW/E 1824, 1827 "Blei- und Silberhütte Braubach"; WuW/E 1749, 1754, 1755 "Klößkner-Becorit"). Insbesondere bei homogenen Produkten, bei denen ein Produkt- und Qualitätswettbewerb weitgehend ausscheidet, läßt die marktstrukturelle Beurteilung für sich allein zumeist noch nicht die Feststellung zu, ob aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb besteht oder fehlt. Hier ist eine "zusammenfassende Schau der Gesamtauswirkungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen wie auch des Wettbewerbsverhaltens der Unternehmen auf dem relevanten Markt" notwendig (WuW/E BGH 2025, 2027 "Texaco-Zerssen"). Nimmt man hinzu, daß aus wettbewerbstheoretischer Sicht die Übergänge zwischen Struktur- und Verhaltensaspekten fließend sind und die Rechtsanwendungsorgane die einschlägigen Gesichtspunkte nicht immer übereinstimmend akzentuieren, so bestehen bezüglich der Adaption der drei Fusionsverfahren für den vorliegenden Untersuchungszusammenhang keine Bedenken.

2. Fusionskontrolle in Sachen "Blei- und Silberhütte Braubach"

a) BKartA: der aktive Einsatz des Preisparameters - eine notwendige Voraussetzung wesentlichen Binnenwettbewerbs

Das Kartellamt hat den angezeigten Zusammenschluß unter-
sagt, weil es davon ausging, daß durch ihn auf dem Bleimarkt
die marktbeherrschende Stellung des aus Metallgesellschaft und
Preussag gebildeten Duopols verstärkt würde (§ 24 Abs. 1). Für
eine marktbeherrschende Stellung der Unternehmen sprach nicht
nur der Vermutungstatbestand des § 22 Abs. 3 Nr. 2a. Überdies
verneint das Amt mit Rücksicht auf den fehlenden Produkt- und
Preiswettbewerb das Vorliegen wesentlichen Wettbewerbs zwischen
den Gesellschaften. Die gemeinsame Übernahme der Notierungen
der Londoner Metallbörse als Grundpreis wird verstanden als
branchenübliches Verhalten, in dem sich das Bewußtsein der
gleichgerichteten Interessen der beiden Anbieter und ihrer
gegenseitigen Abhängigkeit beim Einsatz der wettbewerblichen
Aktionsparameter manifestiere. Ein solches bewußtes Parallel-
verhalten sei für Oligopolmärkte mit homogenen Gütern eine
typische, der Reaktionsverbundenheit geschuldete Verhaltens-
weise¹⁾.

Demgegenüber werden der geringfügige Prämienwettbewerb,
der lediglich zu Preisunterschieden von 0,7% und 1% der Londo-
ner Preisbasis führte, sowie der Einsatz nichtpreislicher Para-
meter (Service, Verkaufskonditionen und Beratung) als unerheb-
lich bezeichnet. Unter Berufung auf die Auffassung des KG in
der 2. Preismißbrauchsentscheidung in Sachen Hoffmann-La Roche
vom 24.08.1978, derzufolge im Rahmen des § 22 Abs. 2 fehlender
Preiswettbewerb trotz Einsatzes anderer Absatzinstrumente die
Funktionsunfähigkeit des Wettbewerbs begründen kann²⁾, zählt
das Kartellamt zu den konstitutiven Merkmalen wesentlichen
Wettbewerbs zumindest den aktiven Einsatz des Preisparameters,
durch den die Anbieter - mitunter sogar unter Inkaufnahme feh-
lender Kostendeckung - neue Abnehmer und damit zusätzliche
Marktanteile zu gewinnen versuchen. Der Einsatz nichtpreisli-

1) WuW/E BKartA 1801.

2) Vgl. oben S. 224 ff.

cher Parameter soll die Annahme fehlenden Wettbewerbs für das Innenverhältnis eines Oligopols nicht ausschließen, falls der Preis nicht als Wettbewerbsmittel instrumentalisiert wird¹⁾.

b) KG: Die oligopolistische Reaktionsverbundenheit als normativer Maßstab des zu schützenden Wettbewerbs

aa) Keine spezifische Reaktionsverbundenheit der beiden Anbieter

Nach Ansicht des KG sprach keine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen eines marktbeherrschenden Oligopols²⁾.

1) Ebenda 1801. - Im Außenverhältnis stand das Oligopol mittelständischen deutschen Bleiproduzenten und ausländischen Bleianbietern mit Marktanteilen von jeweils unter 5% gegenüber, so daß auch hier wesentlicher Wettbewerb verneint wurde. Durch den Zusammenschluß ergaben sich eine zusätzliche Verflechtung mit einer internationalen Anbietergruppe, ein verbesserter Zugang zu den Beschaffungsmärkten und weiterer Zufluß von finanziellen Ressourcen. Unter Hinweis auf diese Momente wurde die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des deutschen Oligopols begründet (vgl. ebenda, 1803 ff.).

2) Nach den gerichtlichen Feststellungen erfüllt Preussag als einziger Wettbewerber die Monopolvermutung des § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 1. Zugleich waren die Oligopolvermutungen des § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 2a bzw. des § 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 2b gegeben. Angesichts dieser Situation ging das Gericht davon aus, daß sich die beiden Vermutungen gegenseitig aufheben und ihre Anwendbarkeit entfallen würde. Auf einem Markt könne denkgesetzlich nur ein marktbeherrschendes Einzelunternehmen oder ein Oligopol bestehen. Unter diesen Umständen sei es nicht zulässig, der Oligopolvermutung mehr Gewicht beizumessen als der Monopolvermutung oder umgekehrt. Deshalb müsse in Fällen, in denen jede Vermutung von vornherein gegen die andere spreche eine unabhängige Feststellung getroffen werden, ob eine marktbeherrschende Stellung eines Oligopols oder eines Einzelunternehmens existiere oder entstehe (WuW/E OLG 2235). - Der BGH hat in seiner den Beschluß des KG letztlich bestätigenden Entscheidung diesen Problembereich offengelassen (WuW/E BGH 1824). Die Rechtsansicht des KG hat in der Literatur mehrfach Kritik hervorgerufen; vgl. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, § 24 Rdnr. 55; Immenga/Schulte-Braucks, BB 1981, S. 149 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten 4, S. 174.

Auch eine gemeinsame Beherrschung des Marktes durch Metallgesellschaft und Preussag gemäß § 22 Abs. 2 konnte das Gericht nicht feststellen. Die Schlüssigkeit dieser Vorschrift wurde einmal deshalb abgelehnt, weil alle Anbieter die Notierungen der Londoner Metallbörse ihrer Preispolitik zugrunde legten. Zwischen Preussag und Metallgesellschaft bestünde daher keine besondere Reaktionsverbundenheit, die sie von den anderen Konkurrenten abhöbe. Selbst wenn sich diese dem Verhalten der beiden führenden Unternehmen anpassten, seien Preussag und Metallgesellschaft kein Oligopol, da alle Angehörigen der einen Marktseite ihre Entscheidungen reaktionsverbunden trafen und auf diese Weise kein Oligopol bildeten¹⁾.

bb) Preisgleichheit bei homogenen Gütern kein zwingendes Indiz
für das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs

Unter Bezugnahme auf die BP Entscheidung²⁾ lehnt es das Gericht des weiteren ab, bereits in der Preisgleichheit homogener Massengüter ein hinreichendes Indiz für fehlenden Wettbewerb zu erblicken:

Für die Feststellung, ob ein Markt durch ein Oligopol vermachtet ist, soll nicht genügen, daß bestimmte, einen vollständigen Wettbewerb kennzeichnende Verhaltensweisen im Innen- oder Außenverhältnis fehlen. Für erforderlich wird gehalten, daß die Unternehmen auf diese Verhaltensweisen i.S. einer Reaktionsverbundenheit verzichten und sich gerade auf diese Weise eine besondere Marktposition erhalten oder verschaffen. Seien dafür äußere, von ihrer Entscheidung unabhängige Umstände determinierend, bedürfe es der weiteren Prüfung, ob der noch mögliche Wettbewerb geführt oder unterlassen werde. Entscheidend sei, ob

1) WuW/E OLG 2235 f. - Nach Mestmäcker (in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 24 Rdnr. 46) wird eine solche Betrachtungsweise den Besonderheiten des Oligopols nicht gerecht. Die oligopolistische Reaktionsverbundenheit als ein Merkmal der Marktstruktur sei dadurch gekennzeichnet, daß sich das Verhalten der Oligopolisten von denen der anderen Unternehmen nicht abhebe. Dies sei gerade der Zustand fehlenden Wettbewerbs, der durch die Vorschriften über marktbeherrschende Oligopole habe erfaßt werden sollen.

2) KG WuW/E OLG 1467, 1469; vgl. oben S. 213.

der Preiswettbewerb durch willkürliches Verhalten der Unternehmen eingeschränkt oder eliminiert worden sei oder ob seine Begrenzung auf einen von den Konkurrenten nicht zu beeinflussen den Grund zurückzuführen sei¹⁾.

Das Kartellamt kann sich nach Auffassung des Senats zur Abstützung seiner gegenteiligen Meinung auch nicht auf die Valium-II-Entscheidung vom 24.08.1978 berufen. Die dort vertretene Ansicht, im Rahmen des § 22 Abs. 1 könne fehlender Preiswettbewerb trotz des Einsatzes anderer Aktionsparameter das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs begründen, sei nur für den Sonderfall eines Preismißbrauchsverfahren formuliert worden; denn der Schutzzweck des § 22 würde vereitelt, wenn der nichtpreisliche Wettbewerb als ausreichend erachtet würde, obwohl der von den Oligopolunternehmen geforderte Produktpreis insgesamt oberhalb des wettbewerbsanalogen Preises bleibe. Die Ausführungen hätten sich auf die Feststellungen bezogen, daß auf dem dortigen Markt der Preis überhaupt nicht als Waffe eingesetzt worden sei. Sie könnten bereits deshalb nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden, da dieser durch einen objektiven Zwang zur Reduzierung des Preiswettbewerbs gekennzeichnet werde²⁾.

1) Ebenda, 2236. - Auch diese Argumentation ist nach Mestmäcker (vgl. Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 24 Rdnr. 46) mit der gesetzlichen Behandlung des marktbeherrschenden Oligopols als einer Marktstruktur unvereinbar. Zutreffend wird darauf hingewiesen, daß bei Einschränkung oder Ausschluß des Preiswettbewerbs durch willkürliches Verhalten der Unternehmen ein Verstoß gegen § 1 oder § 25 Abs. 1 vorliegt. Ob die grundsätzliche Einstellung von Mestmäcker, das marktbeherrschende Oligopol werde gerade deshalb als eine wettbewerbsgestörte Marktstruktur erfaßt, weil die Verhaltensnormen des GWB auf diesen Märkten infolge der oligopolistischen Reaktionsverbundenheit unwirksam seien (vgl. ebenda vor § 23, Rdnr. 36 ff.) in dieser Allgemeinheit zutrifft, ist angesichts der nicht eindeutigen Entstehungsgeschichte sowie der wechselhaften "Zick-Zack"-Bewegungen anläßlich der Novellierung von 1973 zweifelhaft.

2) Ebenda.

Als homogenes Massengut sei Blei einem Produktwettbewerb entzogen; ein Qualitätswettbewerb scheide wegen der durch DIN-Normen festgelegten Zusammensetzung des Metalls aus. Ob unter diesen Umständen ein funktionsgerechter Wettbewerb herrsche, könne nicht allein nach der Preisgleichheit aller Anbieter beurteilt werden. Vielmehr stelle die Homogenität eines Produkts ein wesentliches Kriterium für die Vollkommenheit eines Marktes dar, und die Intensität der Konkurrenzbeziehungen stünde in Relation zur Vollkommenheit; Markttransparenz und fehlende Präferenzen der Nachfrager, wie sie für Blei kennzeichnend seien, begünstigten in der Regel die Funktionsfähigkeit eines Marktes¹⁾.

cc) Kein Gesamtbild hochgradiger Erstarrung der wettbewerblichen Antriebskräfte sowie kein (altruistisches) Gruppenbewußtsein

Auch die besonderen Umstände des Falles rechtfertigten nach Ansicht des Gerichts keine Identifikation der Preisgleichheit mit fehlendem Wettbewerb:

Der Londoner Börsenpreis werde dem deutschen Markt nicht als fremde Größe "aufgepfropft", sondern sei ein durch Angebot und Nachfrage bewirkter Preis, an dessen Zustandekommen auch Preussag und Metallgesellschaft beteiligt seien und der von inländischen Nachfragern genutzt werde. Angesichts der Vorgabe, die der Börsenpreis für die Preisbemessung der inländischen Anbieter darstelle, sei deren Verhaltensspielraum begrenzt. Diese könnten keine wesentlich über dem Börsenpreis liegenden Preise fordern, weil sie Gefahr liefen, daß ihre Abnehmer unmittelbar über die Börse kauften. Ein stärkerer Preiswettbewerb ohne Anlehnung an die Börsenpreise sei den Anbietern daher regelmäßig nur unter Verzicht auf Kostendeckung möglich. Bei dieser

1) Auch die These, die Preisbildung auf dem Markt für Blei lasse eine besondere Funktionstüchtigkeit des Wettbewerbs erkennen, wird von Mestmäcker (in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellrecht, § 24 Rdnr. 46) verworfen, weil sie unbeachtet lasse, daß alle Aussagen über die Wirksamkeit des Wettbewerbs unter den Voraussetzungen vollständiger Konkurrenz nicht mehr gelten würden, falls nur eine Prämisse fehle. Das wird vorliegend bereits bejaht, weil der Blei-Markt durch eine mit den Erfordernissen vollkommener Konkurrenz unvereinbar geringe Zahl von Unternehmen gekennzeichnet ist.

Sachlage müsse der über die Prämissen geführte Preiswettbewerb im Zusammenspiel mit den Nichtpreisparametern (Service, Verkaufskonditionen, Beratung) als wesentlicher Wettbewerb qualifiziert werden.

Ob und in welchem Umfang außerdem ein Geheimwettbewerb betrieben werde, sei letztlich unerheblich. Ein fehlender Geheimwettbewerb beruhe auf der Markttransparenz, die auf die Produkthomogenität sowie die allgemeine Kenntnis des Börsenpreises zurückzuführen sei. Ein Gruppenbewußtsein, aus dem heraus aggressive Preiswettbewerbshandlungen unterlassen würden, sei nicht feststellbar. Ebensowenig böten die vorliegenden Marktverhältnisse ein Gesamtbild von hochgradiger Erstarrung der Antriebskräfte des Wettbewerbs¹⁾.

1) WuW/E OLG 2238. - Mit solcher Argumentation kehrt das KG deutlich zu den Kriterien zurück, wie sie der BGH in der "Fensterglas VI"-Entscheidung zur Zulässigkeit von Rabattkartellen entwickelt hatte ("Ausschluß des letzten noch möglichen Wettbewerbs", "hochgradige Erstarrung", vgl. WuW/E BGH 907, 912 ff.; ferner oben S. 193). Das KG hat diese Entscheidung ausdrücklich in Bezug genommen. Ob dies mit dem Bestreben des Gesetzgebers, der den Marktbeherrschungstatbestand anlässlich der Novellierung von 1973 insbesondere in Gestalt des neuen Adressatenkreises der überragenden Markstellung wirksamer gestalten und die Diskussion um die Mosaiktheorie beenden wollte (vgl. oben S. 60), in Einklang zu bringen ist, erscheint zweifelhaft. - Insgesamt zeigt die Prüfung des KG, daß es die Wirkungen auf dem Markt danach beurteilt, inwieweit der ohne Fusion mögliche Wettbewerb beschränkt wird. Somit wird die ohne Zusammenschluß bestehende oligopolistische Reaktionsverbundenheit zum entscheidenden Kriterium des schützenswerten Wettbewerbs. Der aus der oligopolistischen Interdependenz folgende Verzicht auf den Einsatz bestimmter Aktionsparameter kennzeichnet aber die Marktstruktur i.S. des § 22 Abs. 2. Ist danach der Preiswettbewerb ausgeschlossen, so ist gerade für die Zwecke der Fusionskontrolle anzunehmen, daß ein wesentlicher Wettbewerb aus tatsächlichen Gründen zwischen den Unternehmen fehlt. Dieses vom KG für die Preismißbrauchsaufsicht angenommene Ergebnis müßte für die Fusionskontrolle erst recht gelten; denn hier ist unerheblich, ob von den beteiligten Unternehmen ein anderes Verhalten bei der gegebenen Marktstruktur erwartet werden kann. Schließen die Wettbewerbsstrukturen für sich allein wirksamen Preiswettbewerb aus, so folgt eben daraus die Anwendbarkeit des § 22 Abs. 2. Die qualifizierte Oligopolvermutung des § 23a Abs. 2 kann als Bestätigung dieser Interpretation verstanden werden, ist doch nach dieser Vorschrift zu prüfen, ob die Wettbewerbsbedingungen nach dem Zusammenschluß wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen (vgl. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellrecht, § 24 Rdnr. 47). Zur Kritik an der KG-Entscheidung vgl. ferner Monoplkommission, Hauptgutachten 4, S. 180 f.

c) BGH: Die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse

aa) Die Möglichkeit wesentlichen Wettbewerbs trotz Nichtensatzes einzelner Parameter

In seiner das Ergebnis des KG bestätigenden Entscheidung hat der BGH zunächst dargelegt, daß es auf den Nachweis eines bewußten Verzichts der beteiligten Unternehmen auf den Einsatz bestimmter Wettbewerbsparameter nicht ankomme¹⁾. Das Beschwerdegericht habe jedoch zu Recht wesentlichen Wettbewerb festgestellt.

Wesentlicher Wettbewerb fehle nicht bereits, wenn auf einem Markt einzelne der zahlreich denkbaren Wettbewerbsfaktoren nicht eingesetzt würden. Marktstrukturell bedingte Daten, die den Einsatz bestimmter Parameter objektiv unmöglich machten oder nur einen eng begrenzten Spielraum beließen, könnten nicht schlechthin außer Betracht bleiben. Ebensowenig verfange der Hinweis des Kartellamtes, daß auch der unter Kostengesichtspunkten wirtschaftlich unzweckmäßige Preiswettbewerb objektiv möglich sei und Wettbewerb grundsätzlich keine Kostendeckung garantiere. Wie bereits in der "Fensterglas VI"-Entscheidung ausgeführt²⁾, zwingt die Vermeidung offener Preiskämpfe aus Angst vor ihren ruinösen Folgen den Tatrichter nicht zur Verneinung wesentlichen Wettbewerbs.

Demgemäß stünde die Begrenzung des Preiswettbewerbs auf die Prämien einer Feststellung wesentlichen Wettbewerbs nicht von vornherein entgegen.

1) WuW/E BGH 1827; unrichtig insoweit Harms, Schwerpunkte, S. 11, 12, der davon spricht, der BGH habe diese Frage offengelassen. Zustimmend die Monopolkommission (Hauptgutachten 4, S. 181), die darauf verweist, daß ein solches subjektives Moment den Nachweis eines marktbeherrschenden Oligopols faktisch unmöglich machen würde, da sich die Motive des Unternehmensverhaltens naturgemäß einer Ermittlung entziehen würden; allein maßgeblich sei das aufgrund der Marktstruktur zu erwartende Verhalten der Unternehmen.

2) WuW/E BGH 907.

bb) Die Summierung untergeordneter Wettbewerbsformen sowie
die Akzeptanz der tatrichterlichen Würdigung

Bei der Prüfung, ob zwischen den beteiligten Unternehmen wesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 stattfindet, seien auch solche Wettbewerbsfaktoren mit in die Betrachtung einzubeziehen, deren Einsatz nach den Marktgegebenheiten objektiv unmöglich oder wirtschaftlich unzumutbar sei; sie könnten nicht schlechthin ausgeblendet werden. Insoweit bleibt der Senat seiner bereits in den Preismißbrauchsverfahren gegen die Arzneimittelhersteller geäußerten Ansicht treu und fordert eine Gesamtbetrachtung der maßgebenden Umstände, insbesondere der auf dem relevanten Markt vorherrschenden Wettbewerbsverhältnisse¹⁾. Im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung kann auch die Summierung untergeordneter Wettbewerbsformen - gemessen an der Zielsetzung des Gesetzes - die Feststellung wesentlichen Wettbewerbs erlauben. Trotz fehlenden Preiswettbewerbs ist wesentlicher Wettbewerb anzunehmen, falls die zentralen Funktionen des Wettbewerbs erfüllt sind, insbesondere der unternehmerische Preisgestaltungsspielraum begrenzt ist²⁾.

Eine solche Gesamtbetrachtung wird der Begründung des angefochtenen Beschlusses entnommen. Der Preiswettbewerb über die Prämien sowie der Einsatz der nichtpreislichen Aktionsparameter (Service, Verkaufskonditionen und Beratung) werden vom BGH als Indikatoren wirksamen Wettbewerbs verstanden. Zu einer Überprüfung der rechtlichen Schlußfolgerung, ob zwischen Preussag und Metallgesellschaft wesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 besteht, hält sich das Gericht für nicht berufen; eine solche Schlußfolgerung sei rechtlich möglich und als tat-

1) Vgl. BGHZ 67, 104, 115 "Valium-B-12"; BGHZ 68, 23, 28, "Valium I."

2) WuW/E BGH 1828.

richterlichen Würdigung vom Rechtsbeschwerdegericht hinzunehmen¹⁾.

3. Das Fusionsverfahren in Sachen "Texaco-Zerssen"

a) Der Nachweis des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs durch das BKartA

aa) Antikompetitive Struktur des Marktes für leichtes Heizöl (HEL)

Das Kartellamt hat die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens von Texaco und Zerssen untersagt, weil die Zusammenschlußstatbestände der § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 Buchst. a und c, § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 und § 23 Abs. 2 Nr. 5 erfüllt waren²⁾. Außerdem war Texaco nach amtlicher Einschätzung auf dem Markt

1) WuW/E BGH 1828. - Gegen eine Verallgemeinerung der vom BGH aufgestellten Forderung einer Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände zur Beurteilung der Frage, ob wesentlicher Wettbewerb innerhalb eines Oligopols besteht, wendet sich die Monopolkommission (vgl. Hauptgutachten 4, S. 181). Wie bereits im Sondergutachten 1 (Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, TZ 29) ausgeführt, setze die Prüfung, ob nach dem Zusammenschluß wesentlicher Wettbewerb besteht, häufig keine mosaikartige Untersuchung des aktuellen Wettbewerbsverhaltens voraus. Dies habe insbesondere zu gelten bei Märkten mit heterogenen Gütern. Hier genügt nach Auffassung der Kommission die Untersuchung des Preisverhaltens, da eine gleichgerichtete Preispolitik wettbewerbslich nicht erzwungen wird und daher nur als Ergebnis fehlenden Binnenwettbewerbs interpretiert werden kann. Eine mosaikartige Untersuchung wird nur für notwendig erachtet, wenn es sich - wie im vorliegenden Fall - um ein homogenes Massengut handelt. Hier sei zu prüfen, inwieweit die Gleichpreisigkeit eine Folge ausgeschlossener Wettbewerbshandlungen oder die Konsequenz aus den Besonderheiten des Marktes sei. Eine solche Feststellung sei nur möglich, wenn sämtliche relevanten Wettbewerbsfaktoren umfassend untersucht würden.

2) WuW/E BKartA 1841.

für HEL gemeinsam mit den 15 inländischen Raffinerien betreibenden Mineralölgesellschaften marktbeherrschend i.S. von § 22 Abs. 2. Auf dem sachlich relevanten Markt bestand zwischen den Mitgliedern dieser Gruppe (Oligopol-Gruppe) angeblich kein wesentlicher Wettbewerb, und die Gruppe war in ihrer Gesamtheit auch keinem wesentlichen Außenwettbewerb ausgesetzt.

Den Nachweis des fehlenden wesentlichen Wettbewerbs zwischen den 16 Gesellschaften führte das Kartellamt vornehmlich mittels einer detaillierten Analyse der Struktur des Marktes für HEL. Insoweit ging es davon aus, daß die weltweit geltenden Rahmendaten des Mineralölmarktes (Vorgaben der Fördermengen und Preise des Rohöls, Abhängigkeit des Preises der HEL vom Rohölpreis, Ausgeglichenheit von Angebot und Nachfrage, langfristige Verknappungstendenzen etc.) ein zielgerichtetes Wettbewerbsstreben auf Marktanteilsausweitung über den Preis, der als Hauptparameter des Wettbewerbs bezeichnet wurde, ausschließen. Angesichts der im voraus kontrahierten Rohölmengen werde kein Mineralölunternehmen durch Preiswettbewerb Nachfrageanreize schaffen; denn dieser Preiswettbewerb löse eine nicht zu befriedigende Mengennachfrage aus¹⁾. Unter Einbeziehung weiterer Strukturdaten (produktionstechnische Restriktion, Beeinflussung der Verfügbarkeit von HEL-Produkten infolge Kuppelproduktion, zunehmender Einfluß der Förderländer auf die Destination von Lieferungen) wurde es für unmöglich gehalten, daß ein Unternehmen verstoßenden Wettbewerb durchhalten kann. Innerhalb kurzer Zeit sei es nämlich leergekauft und könne eine weitere Nachfrage nicht befriedigen, da die Mengen nicht mehr verfügbar seien oder weitere Mengen nur zu wesentlich höheren Preisen nachgekauft werden könnten²⁾.

Zu den weiteren antikompetitiven Strukturmerkmalen werden - neben dem Netzwerk von Tauschmengenvereinbarungen und der völligen, die oligopolistische Reaktionsverbundenheit begünstigenden Produkthomogenität³⁾ - zahlreiche Unternehmensdaten ge-

1) WuW/E BKartA 1842.

2) Ebenda, 1843.

3) Ebenda, 1843, 1845.

rechnet: die Zugehörigkeit zu internationalen, hochrangigen Unternehmen der Weltwirtschaft, die Möglichkeit zur Herstellung von Mineralölprodukten im Inland, der Zugang zu den Produktbeschaffungsmärkten, die Verfügbarkeit über Kapazitäten und logistische Ressourcen der jeweiligen europäischen Konzerngesellschaften und der Inlandsabsatz der Mineralölprodukte über ein direktes Vertriebsnetz¹⁾.

bb) Unterstützung der aus den Strukturmerkmalen gezogenen
Schlußfolgerungen durch das Verhalten der Gesellschaften

Die antikompetitive Marktstruktur wurde nach Einschätzung des Kartellamtes gestützt durch das Marktverhalten der Unternehmen, wobei insbesondere auf das vergangene Preisverhalten abgehoben wurde:

Die HEL-Preiserhöhungen in den vergangenen anderthalb Jahren (1979 und 1. Halbjahr 1980) wurden dahin gewertet, daß die Unternehmen einen wie immer entstandenen großen preislichen Gestaltungsspielraum hatten, um ein Produkt unter mehreren weit überproportional zu verteuern; daher befänden sie sich untereinander nicht im Wettbewerb²⁾.

Unstreitig war, daß die Unternehmen bei Verkauf von HEL auf den nördlichen Marktsegmenten von den Endverbrauchern z.T. unterschiedliche Preise forderten, ferner die Preise wechselten und die Unternehmen in nicht unerheblichem Umfang in Preise anderer Unternehmen eintraten. Nach amtlicher Einschätzung handelte es sich dabei indes nicht um Versuche, über vorstoßenden Preiswettbewerb Marktanteile an sich zu ziehen, sondern nur um Mengenvorgaben an die eigene Handelsorganisation, durch die der (durch langfristige Rohölkontrakte, Raffineriekapazität, kontrahierte Zukaufsmengen von Produkten und Tauschmengen determinierte) Absatz insgesamt konstant gehalten werden sollte³⁾.

1) Ebenda, 1844.

2) Ebenda, 1845.

3) Ebenda.

Auch die im Sommer 1980 gefallenen Raffinerieabgabepreise an den Handel und die gefallenen Endverbraucherpreise indizzierten in den Augen des Kartellamtes keinen vorstoßenden Preiswettbewerb, bildeten vielmehr lediglich eine temporäre Aktion, die bereits im Abklingen war, da nunmehr alle Unternehmen versuchten, den Preis für HEL der gestiegenen Nachfrage nach oben anzupassen. Ein derartiges Preisverhalten sei aus einer für die Fusionskontrolle notwendigen langfristigen Betrachtung heraus kein wesentlicher Wettbewerb i.S. von § 22 Abs. 2¹⁾.

Nicht zuletzt lehnte es das Kartellamt ab, aus Marktanteilsverschiebungen innerhalb der Unternehmensgruppe auf wesentlichen Wettbewerb zu schließen. Diese wurden mit der vergangenen Fusionsneigung bestimmter Unternehmen, der verstärkten Anlehnung des Handels an die Oligopolunternehmen sowie mit jährlichen Raffinerieausfällen erklärt. Allgemein wurde die Auffassung vertreten, daß kurzfristige und periodische Marktanteilsgewinne oder -verluste nicht auf Wettbewerbsfaktoren beruhen. Ohnehin sei bei der Fusionskontrolle eine langfristige Betrachtung der Marktabläufe angezeigt²⁾.

b) Die Bejahung wesentlichen Wettbewerbs durch das KG

aa) Kein zwingender Ausschluß eines wesentlichen Wettbewerbs durch die Strukturmerkmale

aaa) Zum Stellenwert der Marktstrukturdaten zum Marktverhalten

Das KG hat die kartellamtliche Untersagungsverfügung vornehmlich deshalb aufgehoben, weil nach seiner Auffassung zwischen den 16 Raffineriegesellschaften wesentlicher Wettbewerb

1) Ebenda, 1846.

2) Vgl. hierzu sowie zu dem Nachweis, daß auch kein wesentlicher Konditionenwettbewerb ausgetragen wurde, ebenda, 1846.

bestand¹⁾. Zu dieser positiven Feststellung kommt das Gericht, weil es - in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung - die Anforderung an das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs auf Oligopolmärkten hoch ansetzt. Dabei beziehen sich seine Einwände gegenüber der Marktanalyse des Kartellamtes weniger auf das tatsächliche Geschehen als vielmehr auf dessen wettbewerbstheoretische Bewertung²⁾.

Das Gericht geht - in Übereinstimmung mit der kartellamtlichen Ansicht davon aus, daß die Vorschrift des § 22 Abs. 2

1) Auch wenn das KG dem Amt in der Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse gefolgt wäre, mithin ein marktbeherrschendes Oligopol i.S. des § 22 Abs. 2 angenommen hätte, wäre das Fusionsverbot aufgehoben worden. Gemäß § 24 Abs. 1 sind Fusionen auch unter Beteiligung marktbeherrschender Unternehmen zulässig, falls der Zusammenschluß die Wettbewerbsbedingungen verbessert. Am Ende seines Beschlusses macht das KG deutlich, daß die Abwägungsklausel zugunsten von Texaco ausgehen müsse. Dabei bezieht es sich auf die vom Kartellamt prozessual nachgeschobene Hilfsbegründung, wonach zumindest die sieben größeren Ölgesellschaften ein Oligopol bilden würden; zugunsten der neun kleineren Gesellschaften sollte die Abwägungsklausel unter dem Aspekt der Aufholfusion angewendet werden (vgl. oben S. 241, sowie den Prozeßbericht der Monopolkommission, Hauptgutachten 4, S. 179). Das KG billigt zwar diese Differenzierung im Prinzip, nicht aber die Zurechnung von Texaco zu den größeren Ölgesellschaften, da der Umsatz von Texaco keinen größeren Abstand zur größten der neun kleineren Gesellschaften habe und der Gedanke der Aufholfusion auch für Texaco im Verhältnis zu den drei Marktführern zutreffe (WuW/E OLG 2663, 2675 f.).

2) Entsprechend dem vorliegenden Untersuchungszusammenhang kann es nicht darum gehen, die Gerichtsentscheidung im einzelnen nachzuvollziehen. Vielmehr werden jene theoretischen Grundpositionen herausgearbeitet, die generalisierungsfähigen Leitsatzcharakter haben.

auch auf weite Oligopole Anwendung finden kann¹⁾. Sein restriktives Vorverständnis hinsichtlich der fusionsrechtlichen Bewertung des Binnenwettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 wird indes bereits darin manifest, daß für die Unternehmen unabänderliche Faktoren erst dann den Schluß auf fehlenden Wettbewerb zulassen sollen, wenn diese Marktstrukturdaten zur Unterlassung kompetitiver Maßnahmen zwingen²⁾.

bbb) Die Möglichkeit wesentlichen Wettbewerbs bei strukturell eingeschränktem Verhaltensspielraum

Die tendenzielle Rohölverknappung wie auch die schrumpfende Nachfrage hat das KG nicht als Strukturmerkmale gewertet, die wesentlichen Wettbewerb zwischen den Mineralölgesellschaften ausschließen³⁾. da im Hinblick auf den Einsatz der Aktionsparameter die Funktionsfähigkeit noch gegeben sei, wenn nicht alle Parameter eingesetzt würden⁴⁾, könnten auch hinsichtlich

1) Im Beschwerdeverfahren hielt das Kartellamt grundsätzlich an seiner These des marktbeherrschenden 16er-Oligopols fest, führte aber hilfsweise die These eines Oligopols der sieben größten Mineralölgesellschaften an, so daß die Frage beantwortet werden mußte, ob die Vorschrift des § 22 Abs. 2 nur das sog. enge Oligopol erfaßte (WuW/E OLG 2666). - Auch der BGH neigt der Ansicht zu, daß die Bestimmung des § 22 Abs. 2 - abweichend von den Vermutungstatbeständen - die Anzahl der an einem Oligopol beteiligten Unternehmen offen läßt, so daß die Einbeziehung einer größeren Anzahl von Unternehmen nicht von vornherein ausgeschlossen ist (WuW/E BGH 2025, 2026). - Die Monopolkommission (Hauptgutachten 4, S. 180) äußert hingegen Zweifel, ob bei einer Anzahl von 16 Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden kann. Zumindest sei dies nicht der Regelfall. Mit zunehmender Anzahl der Unternehmen würden sowohl die verabredete Koordination wie ein faktisches Parallelverhalten innerhalb des Oligopols immer unwahrscheinlicher. Überdies spreche der durchschnittliche Marktanteil von etwa 5% eher für die Annahme eines "weiten" Oligopols aus der Wettbewerbstheorie, das trotz bestehender Reaktionsverbundenheit durchaus noch als funktionsfähig bezeichnet werden könne.

2) WuW/E OLG 2667.

3) Ebenda, OLG 2667 f.

4) Insoweit nimmt das Gericht Bezug auf die vom BGH in der Entscheidung "Blei- und Silberhütte Braubach" kreierte Formel von der Notwendigkeit der Summierung untergeordneter Wettbewerbsformen, die bei der Gesamtbetrachtung durchaus wesentlichen Wettbewerb indizieren können, so daß selbst das Fehlen zentraler Parameter (wie Produkt-, Qualitäts- und Preiswettbewerb) nicht stets fehlenden Wettbewerb belegen (vgl. oben S. 268).

der Intensität des Wettbewerbs keine höheren Anforderungen gestellt werden. Schon die Verteidigung der errungenen Markstellung könne die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gewährleisten¹⁾.

Auch wenn mit der Rohstoffverknappung eine Preissteigerung einherginge, sei ein Preiswettbewerb - wenn auch auf höherem Niveau - nicht ausgeschlossen. Entscheidend sei, ob die Marktgegenseite die Möglichkeit behalte, trotz der gestiegenen Preise eine leistungsgerechte Auswahl auf der Anbieterseite zu treffen. Bestünde eine solche Möglichkeit, könnten die Nachfrager - trotz eines insgesamt für sie ungünstigen Niveaus - zwischen verschiedenen Preisen und Konditionen wählen, so daß wesentlicher Wettbewerb wegen gestiegener Preise nicht schlechthin zu verneinen sei²⁾.

Insgesamt wird ein Preiswettbewerb nicht nur bei ständigen Preisunterbietungen für gegeben erachtet, sondern auch dann, wenn die Unternehmen dem Kostendruck in unterschiedlicher Weise nachgeben und dadurch zu unterschiedlichen Preisen und Konditionen kommen. Dies soll insbesondere für Märkte gelten, die durch Produkthomogenität und Markttransparenz für die Verbraucherseite gekennzeichnet sind. Hier fehle ein Anreiz zu besonderen allgemein offengelegten Preissenkungen; das preisenkende Unternehmen würde keine wettbewerblichen Vorteile haben, da ihm die Konkurrenten schnell folgen würden³⁾.

ccc) Irrelevanz der Unternehmensdaten

Auch die Struktur der einzelnen Unternehmen (Zugehörigkeit zu internationalen Unternehmen, Möglichkeit zur Herstellung von Mineralölprodukten im Inland etc.) sind in den Augen des KG nicht aussagefähig, sondern nur Anhaltspunkte für die Größe und die Marktstärke der Unternehmen. Bei annähernd glei-

1) Ebenda, 2667.

2) Ebenda, 2668.

3) Ebenda.

cher Unternehmensgröße und vergleichbaren Ressourcen sei ein kompetitives Verhalten nicht ausgeschlossen, selbst wenn jedes Unternehmen davon auszugehen habe, jeder Konkurrent werde auf aggressives Verhalten in gleicher Weise und in gleichem Umfang reagieren. Abschreckungswirkungen gingen in aller Regel nur von überlegener Marktmacht aus, während die Reaktionsfähigkeit und -bereitschaft der Mitbewerber eher die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs signalisierten; gerade hieraus erwachse die Begrenzung des eigenen Verhaltensspielraums. Bei Parität könne kein Unternehmen auf den Einsatz von Wettbewerbsmitteln verzichten, müsse es doch befürchten, in seiner Marktstellung von den Konkurrenten geschwächt zu werden¹⁾.

bb) Wesentlicher Wettbewerb aufgrund der Analyse des Wettbewerbsverhaltens

aaa) Unterlassen von Preiswettbewerb, speziell von Preissenkungen - kein hinreichendes Indiz bei homogenen Produkten

Einmal mehr hält das KG dem Kartellamt vor, die Besonderheiten eines Marktes mit homogenen Massengütern nicht hinreichend auf ein mögliches Wettbewerbsverhalten der Unternehmen gewürdigt zu haben²⁾. Angesichts der unstrittigen Tatsache, daß lokal und temporär zwischen den Mineralölgesellschaften Wettbewerb auch in Form von Preiswettbewerb ausgetragen würde, habe zu einer solchen Prüfung besondere Veranlassung bestanden.

1) Ebenda, 2669. - Wenngleich das KG in seiner Auseinandersetzung mit dem Kartellamt weitgehend einen Negativnachweis führt, daß bestimmte Marktstrukturmerkmale nicht zwingend das Vorliegen wesentlichen Wettbewerbs ausschließen, so kommt doch gerade an dieser Stelle recht deutlich zum Ausdruck, daß es Märkte, auf denen überwiegend Großunternehmen tätig sind, grundsätzlich positiv einschätzt. Dies gilt insbesondere dann, wenn man sich vor Augen hält, daß in dem stark durch vertikale Strukturen geprägten Bereich der Mineralöl-Industrie nach den Feststellungen der Monopolkommission (Hauptgutachten 4, S. 179 ff.) kaum aktives Wettbewerbsverhalten anzutreffen ist und die Wettbewerbspolitik in diesem Bereich lediglich vor der Aufgabe steht, den Restwettbewerb zu sichern.

2) Ebenda, 2670.

Weitgehend in Übereinstimmung mit den Ausführungen in der Entscheidung "Blei- und Silberhütte Braubach" wird dargelegt, daß die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bei homogenen Massengütern nicht allein nach der Preisgleichheit beurteilt werden könne. Ein Wettbewerbsverhalten sei nicht nur bei ständigen Preisunterbietungen feststellbar; so verstanden wäre ruinöser Wettbewerb die einzige Erscheinungsform wirksamen Wettbewerbs. Vielmehr sei der Wettbewerb als ein dynamischer Vorgang zu begreifen, bei dem die Unternehmen nicht nur in einer bestimmten Richtung agierten, sondern sich den ändernden Marktdaten gegenüber elastisch verhielten. Wettbewerb werde nicht um seiner selbst willen veranstaltet, sondern nur zur Verstärkung oder Absicherung der eigenen Marktposition; ein erfolgreiches Wettbewerbsverhalten manifestiere sich für jedes Unternehmen in der Erzielung von Gewinnen. Die Verwirklichung dieses Ziels bleibe den Marktbedingungen vorbehalten. Diese könnten im Einzelfall (z.B. bei intensiver Nachfrage) durchaus gestatten, die eigene Marktposition auch ohne Preissenkungen zu verstärken, wenn die Wettbewerber höhere Gewinnvorstellungen zu realisieren versuchten. Juristisch maßgeblich sei allein, ob das Wettbewerbspotential der Konkurrenz ausreichend sei und dadurch der Verhaltensspielraum des einzelnen Unternehmens kontrolliert werde¹⁾.

1) Das wichtigste Instrument, die Risiken im oligopolistischen Wettbewerb herabzusetzen und zusätzliche Marktanteile zu erwerben, sind Unternehmenszusammenschlüsse. Dies sind zugleich die Gründe, aus denen alle Zwecke der Zusammenschlußkontrolle auf oligopolistischen Märkten erheblich werden: die Verhinderung der weiteren Konzentration, der Schutz des Restwettbewerbs sowie die Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit kleinerer und mittlerer Unternehmen. Die Verwirklichung dieser Zwecke bereitet deshalb besondere Schwierigkeiten, weil es um die Beurteilung wirtschaftlich selbständiger Unternehmenseinheiten geht, die zur eigenen Existenzerhaltung immer das Prinzip der Gewinnmaximierung verfolgen müssen. Daher sind die allgemeinen Erwägungen des KG, die eine große Affinität mit den Gedanken von Knöpfle (vgl. oben S. 87 ff.) verraten, für die konkrete Rechtsanwendungspraxis wenig hilfreich, zumal sie die bei der Fusionskontrolle primär zu beleuchtenden strukturellen Marktdaten in den Hintergrund treten lassen.

bbb) Die konkrete Feststellung wesentlichen Preiswettbewerbs

Spricht schon das Unterlassen von Preiswettbewerb auf oligopolistischen Märkten nicht per se gegen die Existenz wesentlichen Wettbewerbs, so kommt das KG in einer Detailanalyse der konkreten Verhältnisse letztlich zu der Feststellung, daß der Preisspielraum der Gesellschaften begrenzt sei¹⁾. Preiswettbewerb wird in mehrfacher Hinsicht festgestellt:

Zum einen wird verwiesen auf die unstreitigen temporären und lokalen Preismaßnahmen der Mineralölunternehmen, die bereits vom Kartellamt benannt worden waren²⁾.

Des weiteren wird auf die für die Verbraucher bestehende Markttransparenz abgehoben, die durch Preisübersichten in Zeitungsveröffentlichungen und durch eigene Marktuntersuchungen der preisbewußter gewordenen Konsumenten gefördert werde. Bestellungen für HEL erfolgten im privaten Bereich in einer Vielzahl von Fällen nicht blindlings, sondern erst nach der ohne weiteres möglichen Ermittlung des lokalen Preisniveaus durch Befragung der Händler³⁾.

Ein solches Verhalten konstatiert das Gericht auch bei den Großunternehmern. Selbst wenn diese die benötigten Mengen schließlich bei ihrem bisherigen Lieferanten bezögen, so ginge dem in aller Regel ein Preisgespräch voraus in das die Konkurrenzangebote einfließen würden. Dieses Verhalten sei auch dem Handel bekannt; er müsse sich daher darauf einrichten, daß eine Bestellung erfolge, wenn zumindest kein günstigeres Angebot vorliege. Daran ändere nichts, wenn die Nachfrage wegen eines zu Ende gehenden Vorrats erfolge; allenfalls könne hier neben der Preiswürdigkeit die schnelle Lieferbereitschaft ausschlaggebend sein⁴⁾.

Der somit festgestellte Preiswettbewerb wird vom KG als wesentlicher Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 gewertet, wobei

1) Vgl. zu den Einzelheiten ebenda, 2670 ff.

2) Ebenda, 2671; vgl. oben S. 272.

3) Ebenda, 2673.

4) Ebenda, 2673/74.

der kartellamtliche Hinweis auf die Reaktionsverbundenheit der 16 Unternehmen mit dem Argument zurückgewiesen wird, der gesetzliche Tatbestand knüpfe nicht an die oligopolistische Interdependenz an, sondern greife erst dann ein, wenn diese im Einzelfall tatsächlich zum Fehlen wesentlichen Binnenwettbewerbs geführt habe¹⁾.

c) Kein Nachweis eines Fehlens wesentlichen Wettbewerbs nach Ansicht des BGH

aa) Folgenlose Detailkritik sowie die Notwendigkeit einer Gesamtschau der strukturellen Wettbewerbsbedingungen und des tatsächlichen Wettbewerbsverhaltens

Der BGH ist der Rechtsbeschwerde des BKartA in zwei Detailfragen im Ausgangspunkt gefolgt:

Zum einen wird dem KG vorgehalten, insofern einen zu engen Standpunkt einzunehmen, als marktstrukturelle Daten erst dann einen Schluß auf das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs zulassen, falls sie die Unternehmen zur Unterlassung kompetitiver Maßnahmen zwingen²⁾. Eine solche restriktive Auffassung verkennt nach Meinung der BGH-Richter, daß nach der Lebenserfahrung im allgemeinen von einem wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch

1) Ebenda, 2674. - Dieser Wertung ist entgegenzuhalten, daß die tatsächlichen Feststellungen zum Bestehen von Preiswettbewerb nichts an der Realität verfestigter Marktstrukturen ändern. Dies gilt insbesondere bei temporär und lokal begrenzten Maßnahmen. Zweifel an der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs werden durch solche singulären Momente kaum ausgeräumt. Gerade im Oligopol mit relativ vielen Mitgliedern ist die Koordination der Preise nicht vollständig abgesichert, insbesondere dann nicht, wenn formelle Kartellverträge fehlen und lediglich ein faktisches Parallelverhalten praktiziert wird. Daher erscheint es im Interesse einer effektiven Fusionskontrolle überzeugender, die vom KG in Bezug genommenen Momente nicht als Indikatoren wesentlichen Wettbewerbs zu interpretieren. Zur Kritik an den wettbewerbstheoretischen Grundlagen der KG-Entscheidung vgl. Paetow-Tonner DB 1983, S. 700 ff.; vgl. ferner die weitgehend affirmative Urteilsanmerkung von Bechtold, DB 1982, S. 1816 f.

2) Vgl. oben S. 267 f.

vernünftigen Verhalten der Unternehmen auszugehen ist. Wesentlicher Wettbewerb könne mithin bereits fehlen, wenn die Unternehmen aufgrund wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns aller Voraussicht nach von kompetitiven Maßnahmen absehen würden. Da das KG bei seiner Beurteilung der marktstrukturellen Bedingungen letztlich jedoch nicht entscheidend auf einen - wie auch immer gearteten - Zwang abgestellt habe, sei der rechtsirrige Ansatz folgenlos geblieben¹⁾.

Für mißverständlich wird des weiteren die Deduktion des KG gehalten, da die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auch beim fehlenden Einsatz eines einzelnen Aktionsparameters noch gegeben sei, könnten bezüglich der Intensivität des Wettbewerbs keine höheren Anforderungen gestellt werden²⁾. Falls dieser Satz dahin zu verstehen sei, daß der strukturell bereits eingeschränkte Wettbewerbsspielraum als Maßstab für wesentlichen Wettbewerb i.S. des § 22 Abs. 2 zu nehmen sei, würde er zu einer sachlich ungerechtfertigten Privilegierung der Oligopole führen. Würden auf dem relevanten Markt nicht alle Wettbewerbsmittel eingesetzt, so müsse der verbleibende Restwettbewerb von einer solchen Intensität und Bedeutung sein, daß insgesamt - und nicht nur im Blick auf die verbleibenden Wettbewerbsmöglichkeiten - von einem funktionsfähigen Wettbewerb gesprochen werden könne³⁾. Ungeachtet des mißverständlichen Satzes habe sich das KG indes nicht auf eine Betrachtung des Restwettbewerbs beschränkt; vielmehr seien die in diesem Rahmen gegebenen Wettbewerbsmöglichkeiten, ihre Benutzung und Bedeutung im Hinblick auf den Gesamtmarkt sowie die Wettbewerbsverhältnisse insgesamt gewürdigt worden⁴⁾.

Der zentrale Methodeneinwand des BKartA, das KG habe das Verhalten der 16 Raffineriegesellschaften zu stark akzentuiert und die antikompetitive Struktur des Marktes für HEL vernach-

1) Ebenda, 2027 f.

2) Vgl. oben S. 268.

3) Ebenda, 2028.

4) Ebenda.

lässt, wurde vom BGH hingegen zurückgewiesen. Insoweit wird dem KG attestiert, zutreffend davon ausgegangen zu sein, daß die Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs zwischen Oligopolisten eine über die Beurteilung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen hinausgehende Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände, insbesondere auch der Wettbewerbsverhältnisse, notwendig macht. Insbesondere bei homogenen Gütern sei eine marktstrukturelle Beurteilung vielfach noch nicht aussagefähig; gerade hier sei eine zusammenfassende Schau der Gesamtwirkungen der strukturellen Wettbewerbsbedingungen wie auch des Verhaltens der Unternehmen auf dem relevanten Markt notwendig. Der Notwendigkeit einer solchen Gesamtschau habe das KG letztlich Rechnung getragen¹⁾.

bb) Keine Verkennung des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs sowie der Bereich der trichterlichen Würdigung

Der BGH läßt es dahingestellt, ob das KG mit seiner positiven Feststellung des Bestehens wesentlichen Preiswettbewerbs die Anforderungen an das normative Tatbestandsmerkmal des § 22 Abs. 2 nicht zu niedrig angesetzt hat. Grundlage der Untersagungsverfügung sei der Nachweis des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs, der vom Kartellamt zu führen sei; dieser Nachweis sei nicht erbracht worden²⁾.

Insgesamt wird dem KG attestiert, den Begriff des wesentlichen Wettbewerbs nicht verkannt und im Ergebnis auf die Marktstrukturdaten und die Wettbewerbsverhältnisse insgesamt bezogen zu haben. Angesichts der umfassenden Würdigung auch der marktstrukturellen Bedingungen sowie des Hinweises auf die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung aller Umstände könne nicht davon ausgegangen werden, daß die vom Kartellamt vermissten konkreten Feststellungen über das Bestehen eines Preiswettbewerbs nicht in die Gesamtbetrachtung eingegangen seien³⁾.

1) Ebenda, 2027.

2) Ebenda, 2029.

3) Ebenda, 2029 f.

Zur Überprüfung der kartellamtlichen Monita, das KG habe die begrenzten Möglichkeiten eines auf der Absatzseite vorstoßenden Wettbewerbs, die Relevanz der Tauschmengenvereinbarungen sowie die Absatzschwierigkeiten bei den anfallenden Kuppelprodukten unzutreffend gewürdigt, sah sich der BGH außerstande; diese Fragen wurden dem Gebiet der trichterlichen Würdigung zugewiesen. Gleiches wurde für die Bewertung des festgestellten Preiswettbewerbs angenommen, selbst wenn dieser nur als temporär und lokal anzusehen sei¹⁾.

4. Fusionsverfahren "Philip Morris/Rothmans"

a) BKartA: Keine Widerlegung der qualifizierten Marktbeherrschungsvermutung gemäß § 23a Abs. 2

aa) Kein zu erwartender wesentlicher Wettbewerb aufgrund marktstrukturelle Gegebenheiten

Vorläufig letztmalig virulent wurde die Thematik der vorliegenden Untersuchung, als sich das Kartellamt mit den Wettbewerbsverhältnissen der fünf führenden Anbieter auf dem deutschen Zigarettenmarkt (Reemtsma, B.A.T., Brinkmann, Morris, Reynolds) beschäftigte. Da die Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von 99% auf sich vereinigten und Brinkmann zusammen mit Morris mit einem Marktanteil von 31,3% die führende Markstellung hatte, waren die Voraussetzungen der anlässlich der Novellierung von 1980 eingeführten qualifizierten Oligopolvermutung des § 23a Abs. 2 erfüllt, so daß die beteiligten Unternehmen den Nachweis erbringen mußten, die Marktstruktur lasse auch nach dem Zusammenschluß wesentlichen Wettbewerb erwarten.

Insoweit wies das Kartellamt zunächst die Einlassung der Beteiligten zurück, die Vielzahl der Zigarettenmarkten (etwa 250) belege die Existenz wettbewerblicher Strukturen. Der Marken- und Werbungswettbewerb wurde als eine Folge des hohen Konzentrationsgrades des Zigarettenmarktes begriffen, wobei der außerordentlich hohe Werbeaufwand gleichermaßen als erhebliche Marktzutrittsschranke für Newcomer wie als Indiz beachtlicher

1) Ebenda, 2030.

Preisgestaltungsspielräume gewertet wurde¹⁾. Die Stagnationsphase, in der sich der Zigarettenmarkt befindet, das vergleichbare Abwehrpotential der führenden Unternehmen, die weitgehende Markttransparenz, die technische Homogenität und Produktreife der Zigaretten sowie die besonderen Restriktionen des einschlägigen Marketing bildeten die weiteren strukturellen Faktoren, die nach kartellamtlicher Ansicht gegen die Erwartung zukünftigen wesentlichen Wettbewerbs sprachen²⁾.

Gegen zukünftigen wesentlichen Wettbewerb sprach ferner das vergangene Verhalten der führenden Zigarettenhersteller, insbesondere ihre Preispolitik. Hier konstatierte das Kartellamt: Der Preis gehört zum Markenbild einer Zigarette und wird nur im Zusammenhang mit einer generellen Anhebung des Niveaus der vier Preisklassen (untere Preisklasse, Konsumpreisklasse, gehobene Konsumpreisklasse und obere Preisklasse) verändert. Die unterschiedlichen Preisklassen sind weitgehend deckungsgleich mit den verschiedenen Geschmackssegmenten. Allgemein zeigt sich das Bild eines preislichen Parallelverhaltens, das nicht durch die Kosten- bzw. Ertragsentwicklung zwingend vorgegeben ist. Auch gegenüber dem Handel findet kein wesentlicher Preiswettbewerb statt³⁾.

Auch wesentlicher Qualitätswettbewerb wird auf dem Zigarettenmarkt vermisst⁴⁾. Allein die Markenvielfalt wird als Erscheinungsform wesentlichen Qualitätswettbewerbs nicht akzeptiert, ebensowenig Geschmackänderungen (z.B. kräftigeres Aroma). Schließlich wird der Versuch, mit neuen attraktiven Mar-

1) Wuw/E BKartA 1943, 1948.

2) Ebenda, 1949. - Die erheblichen Marktzutrittsschranken sind nicht nur ein Resultat des ausgeprägten Markenbewußtseins der Raucher. Sie ergeben sich auch aus der besonderen Bedeutung des Zigarettenverkaufs über Automaten und Trägerregale, zu denen nur einige Anbieter besonders gängiger Marken Zugang haben, ferner aus den hohen Kosten der notwendigen Einführungswerbung, die sich beispielsweise für die von Reemtsma neu eingeführte Zigarette "West" auf 40-60 Mio. beziffern.

3) Ebenda, 1950 f.

4) Ebenda, 1952.

kenbildern Raucher zu gewinnen, als positives Kriterium verworfen, da die Werbebotschaften inhaltsleer seien, der Wettbewerb erschöpfe sich - losgelöst vom Produkt - in der Herausstellung von "Markenpersönlichkeiten"¹⁾.

bb) Gesamtbetrachtung, begrenzter Preisspielraum und Irrelevanz der Imagewerbung

Jenseits solch' deutlich auf den Einzelfall abhebender Detailaussagen enthält die Entscheidung einige generelle Ausführungen. Hinsichtlich der Umschreibung des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs macht sich das Kartellamt die vom BGH in der Tonnoli-Entscheidung kreierte Formel zu eigen. Mithin setzt die Feststellung wesentlichen Wettbewerbs eine Gesamtbetrachtung der maßgebenden Umstände einschließlich der auf dem relevanten Markt vorherrschenden Wettbewerbsverhältnisse voraus. Von vorrangiger Bedeutung sind hierfür die Hauptformen des Wettbewerbs, insbesondere der Preiswettbewerb. Freilich kann auch die Summierung untergeordneter Wettbewerbsformen bei fehlendem Preiswettbewerb wesentlichen Wettbewerb begründen. Entscheidend ist, daß die wesentlichen Funktionen des Wettbewerbs erfüllt sind, insbesondere der Preisspielraum der Unternehmen beschränkt bleibt²⁾.

Der Preisspielraum von Unternehmen wird nach amtlicher Meinung nicht bereits aufgrund der Preiselastizität der Nach-

1) Ebenda, 1952. - Nach amtlicher Auffassung wurde die marktherrschende Stellung durch den Zusammenschluß verstärkt. Sein Konzentrationseffekt verfestigte die Reaktionsverbundenheit im Oligopol, die Chancen für ein Wiederaufleben des Wettbewerbs würden verringert und die Abschreckungswirkung gegenüber dem Drittwettbewerb würde vergrößert. Darüber hinaus hatten Morris und Brinkmann im Produktions-, Vertriebs- und Technologiebereich nach den amtlichen Feststellungen zusätzliche Handlungsmöglichkeiten und aufgrund ihrer Dominanz in den Segmenten "American blend" und Leichtzigaretten besondere wettbewerbsstrategische Vorteile (ebenda, 1951 ff.).

2) Ebenda, 1949.

frage begrenzt; eine nachfragebedingte Einschränkung des Preisspielraums könne bereits deshalb keinen funktionsfähigen Wettbewerb bedeuten, weil ihr auch jeder Monopolist unterliege¹⁾. Ebenso wenig begründe ein geringfügiger Außenseiterwettbewerb²⁾ wesentlichen Preiswettbewerb. Im Gegenteil: die Einführung und der zumindest anfängliche Erfolg preisgünstigerer Waren belege, daß der Einsatz des Preises als Wettbewerbsmittel nicht ausgeschlossen sei. Unbesehen dessen komme es auf die Frage, ob der Preis ein faktisch möglicher und wirtschaftlich sinnvoller Wettbewerbsparameter sei, nicht an, denn das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs setze keinen bewußten Verzicht auf ein an sich mögliches Absatzinstrument voraus³⁾.

Hinsichtlich der Relevanz der Werbung macht das Kartellamt die folgende Unterscheidung: Der informativen Werbung wird attestiert, zur Herstellung der Markttransparenz beizutragen und somit den Preis- und Qualitätswettbewerb wirksamer zu gestalten. Die Imagewerbung, die keinen Bezug zum Preis und zum Grundnutzen eines Produkts hat, wird hingegen wettbewerbslich negativ eingeschätzt; denn sie begrenzt nicht den unternehmerischen Preisgestaltungsspielraum; auch kommt sie nicht - anders als der Preis- und Qualitätswettbewerb - dem Konsumenten zugute, insbesondere nicht auf stagnierenden Märkten, auf denen die Gesamtnachfrage nur unwesentlich ausgeweitet werden kann⁴⁾.

b) KG: Kein Bild funktionsfähigen Wettbewerbs

aa) Keine Einengung des Preisspielraums der führenden Zigarettenhersteller

Wengleich das KG nicht in allen verfahrens- und beweisrechtlichen Fragen mit dem Kartellamt übereinstimmte, so hat es

1) Ebenda, 1951.

2) Gemeint sind die billigen Handelsmarken mit einem Marktanteil von unter 1%.

3) Ebenda im Anschluß an die "Korrektur", die der BGH in der Tonnoli-Entscheidung dem KG vorgehalten hatte (vgl. oben S. 267.

4) Ebenda, 1949.

doch dessen Untersagungsverfügung letztlich bestätigt; insbesondere in der Verneinung eines wesentlichen Wettbewerbs zwischen den fünf führenden Zigarettenherstellern folgte es der amtlichen Ansicht.

Entsprechend der BGH-Formel von der Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung sowie einer vorrangigen Prüfung, ob insbesondere der unternehmerische Preisgestaltungsspielraum begrenzt ist, wird zunächst dargelegt, daß das gleichförmige Preisverhalten der Hersteller weder strukturell bedingt noch durch die Homogenität der Produkte hervorgerufen ist¹⁾. Aufgrund der werblich induzierten Produktdifferenzierung brauchten die Hersteller nicht zu befürchten, daß die Konkurrenten bei Preissenkungen alsbald folgen würden.

Infolge der beträchtlichen Werbeaufwendungen, so lautet die plausible Argumentationskette, werde bei den Rauchern der Eindruck erweckt, die einzelne Zigarettenmarke unterscheide sich wesentlich von den anderen. Konsumpräferenzen von Gewicht und Dauer würden erzeugt und zugleich werde die Markttransparenz eingeschränkt; denn die Konsumenten vermöchten die weitgehende technische Identität der Zigaretten nicht zu erkennen. Wanderungsbewegungen der Raucher erfolgten dank der werblichen Impulse, nicht weil von einer Produkthomogenität ausgegangen werde; aufgrund der Raucherpräferenzen könnten die Hersteller davon ausgehen, daß ein Preisvorstoß nicht ohne weiteres und alsbald von den Konkurrenten imitiert werde; denn ein jeder von ihnen könne eines hinreichenden Nachfragepotentials sicher sein. Zugleich sei damit zu rechnen, daß ein Preisvorstoß die Nachfrage erhöhe und damit die Gewinnsituation positiv beeinflusse, weil Wechselbewegungen eingeleitet und neue Raucher an-

1) WuW/E OLG 3051, 3072. - Ein solcher Nachweis war insbesondere deshalb erforderlich, weil das KG in der "Texaco-Zerissen"-Entscheidung herausgestellt hatte, daß bei homogenen Massengütern die Gleichpreisigkeit durchaus als Manifestation vollkommenen, jedenfalls aber funktionsfähigen Wettbewerbs zu begreifen sei, würden doch die Produzenten solcher Güter von möglichen Preissenkungen nicht selten dank der Überlegung Abstand nehmen, daß die Konkurrenten alsbald nachziehen würden, so daß sie infolge einer Preissenkung keine Vergrößerung ihrer Marktanteile zu erwarten hätten und ihr Gesamtgewinn infolge des geringen Einzelgewinns zurückgehen würde (ebenda, 3073; vgl. ferner oben S. 274).

gezogen würden¹⁾.

bb) Irrelevanz des Marken- und Werbungswettbewerbs sowie der Marktanteilsschwankungen

Auch nach Einschätzung der Richter erfüllt allein der Marken- und Werbungswettbewerb noch keine positive Funktion. Der Wettbewerb, so die allgemeine teleologische Erwägung, wird seiner kartellrechtlichen Aufgabe nur gerecht, wenn er Marktmacht im Austausch- und Parallelprozeß verhindert; denn es kommt darauf an, daß die wirtschaftliche Handlungsfreiheit Dritter insgesamt nicht beeinträchtigt wird. Daher belegen unternehmerische Aktivitäten die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nur dann, wenn der Verhaltensspielraum der Unternehmen begrenzt ist²⁾.

Eine solche Begrenzung des Verhaltensspielraums wird im konkreten Fall vermißt: Die im immateriellen Bereich liegende werbliche Herausstellung von "Markenpersönlichkeiten" habe zwar zu Produktdifferenzierungen geführt, die indes nicht auf unterschiedliche Qualitäten zurückzuführen seien. Die Unterschiede der verschiedenen Marken seien vom Konsumenten nicht meßbar; daher unterlägen die Produzenten keinem Qualitätsvergleich. Ein eventuelles Bemühen um Qualitätssicherung und -verbesserung komme nicht hinreichend zum Ausdruck, da sich die Werbebotschaften nicht auf die sachlichen Produkteigenschaften bezögen. Die Werbung erfülle zwar ein immaterielles Konsumbedürfnis, enthebe aber gerade deshalb von der Notwendigkeit, auf den Preis sowie die Qualität abzuheben. Mithin könnten die Hersteller von ihrem Verhaltensspielraum gegenüber den Endverbrauchern

1) Ebenda, 3073 f. - Diese Ausführungen werden durch Alltagsbeobachtungen bestätigt. Zur Funktion des Markenartikels sowie der Werbung, insbesondere zur werblichen Heterogenisierung von technisch homogenen Produkten vgl. insbesondere Blume, Müller, Röper, Werbung für Markenartikel - Auswirkungen auf Markttransparenz und Preise, insb. S. 50 ff., S. 139 ff.; ferner Lindner, Das Gefühl von Freiheit und Abenteuer, Ideologie und Praxis der Werbung, S. 33 ff.

2) Ebenda, 3074.

unkontrolliert Gebrauch machen, insbesondere ihre Preisvorstellungen ohne langfristig wirksame Reaktion der Marktgegenseite durchsetzen¹⁾.

Auch Marktanteilsverschiebungen - an sich ein erhebliches Indiz für wesentlichen Wettbewerb auf Oligopolmärkten²⁾ - wurden nicht als Belege wesentlichen Wettbewerbs akzeptiert. Langfristige Marktanteilsveränderungen in Richtung auf eine Angleichung, wie sie für den deutschen Zigarettenmarkt charakteristisch sind, wurden vielmehr als Indikatoren eines unwesentlichen Wettbewerbs gewertet; dies jedenfalls dann, wenn die zentralen Aktionsparameter (Preis und Qualität) nicht eingesetzt werden. Oligopolunternehmen als repräsentativ für einen Markt bezeichnet, auf dem keine zusätzlichen Impulse bezüglich des Grundbereichs einer Ware entfaltet würden³⁾.

1) Ebenda, 3074 f.

2) Vgl. KG WuW/E OLG 2663, 2673 "Texaco-Zerssen".

3) Vgl. Einzelheiten ebenda, 3075 f.

4. Kapitel: Methodische Gesamtschau

I. Begrenzte Aussagekraft der traditionellen Auslegungsmethoden und Hypothesen

1. Gesetzliche Definition des marktbeherrschenden Oligopols

Den Begriff des Oligopols sucht man im GWB vergeblich. Wertneutral spricht der Gesetzgeber von "zwei oder mehr Unternehmen", "drei oder weniger Unternehmen" und "fünf oder weniger Unternehmen", die als "Gesamtheit" marktbeherrschend sind (§ 22 Abs. 2) oder als marktbeherrschend vermutet werden (§ 22 Abs. 3, § 23a Abs. 2). Nur in Verbindung mit Marktbeherrschung wird die Gesamtheit weniger Unternehmen mithin rechtlich relevant¹⁾. Gleichwohl spricht man im Wettbewerbsrecht allenthalben vom marktbeherrschenden Oligopol²⁾, dessen gesetzliche Struktur durch folgende Merkmale bestimmt wird:

- (a) eine geringe Zahl von zwei oder mehr, drei, fünf oder weniger Unternehmen,
- (b) eine besondere Innenbeziehung und
- (c) eine marktbeherrschende Stellung der Gesamtheit der Unternehmen im Außenverhältnis
 - (aa) als Voll-Oligopol, das ohne Wettbewerber ist;
 - (bb) als Teil-Oligopol, das keinem wesentlichen Wettbewerb durch Außenseiter ausgesetzt ist;
 - (cc) als Inhaber einer überragenden Marktstellung im Verhältnis zu den Außenseitern³⁾.

1) Den Terminus "Oligopol" verwendet der Gesetzgeber bereits deshalb nicht, weil dieser nur die Anbieterseite treffen würde, marktbeherrschende "Oligopsone" also ausgeblendet würden. Überdies soll mit der gesetzlichen Begrifflichkeit die Selbständigkeit der juristischen Begriffsbildung gegenüber den wirtschaftswissenschaftlichen Definitionen hervorgehoben werden (vgl. Harms, Was ist ein marktbeherrschendes Oligopol?, S. 11).

2) So auch die Regierungsbegründung (BT-Drucksache 8/2136, S. 12, 21 f.) und der Bericht des Wirtschaftsausschusses zur 4. GWB-Novelle (BT-Drucksache 8/3690, S. 27).

3) Das Oligopol mit überragender Marktstellung gemäß § 22 Abs. 2 i.V.m. § 22 Abs. 1 Nr. 2 steht augenscheinlich im Vordergrund; denn nur so ist zu erklären, daß für die Widerlegung der Marktbeherrschung gemäß § 23 a Abs. 2 nur diese Position in Bezug genommen wird, nicht aber das Voll- und Teil-Oligopol (vgl. Harms, ebenda, S. 11).

Die Gruppe der zwei oder mehr Unternehmen wird also den marktbeherrschenden Einzelunternehmen (Voll-, Teilmonopol, Inhaber einer überragenden Marktstellung) gleichgestellt, wenn eine besondere Innenbeziehung besteht, deren Grundtatbestand in § 22 Abs. 2 dahin umschrieben wird, daß "zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht".

Für die Zwecke der Fusionskontrolle erschien dieser Begriff des Oligopols dem Bundeskartellamt¹⁾, der Monopolkommission²⁾ sowie schließlich dem Gesetzgeber der 4. Novelle von 1980 als zu eng. Bereits im Regierungsentwurf von 1978 war ein gesonderter Untersagungstatbestand für Zusammenschlüsse auf Oligopolmärkten vorgesehen, der den Ausschluß des Binnenwettbewerbs unwiderleglich vermutete für das enge Oligopol, bei dem die Spitzengruppe von zwei oder drei Unternehmen gemeinsam einen Marktanteil von mehr als 50% erreicht; diese unwiderlegliche Vermutung sollte die Schwierigkeiten beheben, die sich beim Nachweis des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs im Innenverhältnis ergeben hatten³⁾. Der Ausschuß für Wirtschaft hat diese Regelung letztlich durch eine "flexiblere" Vermutungsregelung ersetzt und erweitert: Die Marktbeherrschungsvermutung wurde durch Anpassung an § 22 Abs. 3 Nr. 2 erweitert. Sie gilt auch, wenn fünf Unternehmen, welche die höchsten Marktanteile aufweisen, zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen (§ 23a Abs. 2 Nr. 2). Die Vermutungen sind durch den von den Unternehmen zu führenden Nachweis widerlegbar, "daß die Wettbewerbsbedingungen auch nach dem Zusammenschluß zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat". In den Motiven heißt es, die neue Regelung öffne vor allem dann Widerlegungsmöglichkeiten, wenn die Unternehmen nachweisen könnten, daß das Kräfteverhältnis innerhalb des Oligopols durch die Fusion ausgeglichener

1) TB 1976, S. 80; 1977, S. 19; 1978, S. 25.

2) 2. Hauptgutachten 1978, TZ 419-436; vgl. ferner oben S. 250.

3) BT-Drucksache 8/2136, S. 12, S. 21 f.

werde, ohne daß sich das Oligopol selbst wesentlich verenge. Dies könne bei asymmetrischen Oligopolen der Fall sein, wenn z.B. der schwächere Oligopolist seine Position durch Fusion mit einem Außenseiter festige. Die Bagatellgrenze von 15% diene dazu, solche Zusammenschlüsse von der Vermutung freizustellen¹⁾.

Demnach kennt der Gesetzgeber zwei Oligopolbegriffe:

das "einfache" Oligopol gemäß § 22 Abs. 2 und 3, das für die Mißbrauchsaufsicht und auch für die Fusionskontrolle gilt, sofern die Prämissen des § 23a Abs. 2 nicht erfüllt sind;

das "qualifizierte" Oligopol gemäß § 23a Abs. 2 ("Dreier-Oligopol" mit 50 von 100 Marktanteilen, "Fünfer-Oligopol" mit einem Marktanteil von zwei Dritteln, Unternehmensumsatz von 150 Mio., Beteiligung von 15% Marktanteilen am Zusammenschluß), sofern die Unternehmen nicht nachweisen, daß die Wettbewerbsbedingungen auch nach dem Zusammenschluß zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.

2. Zweifelsfragen und Interpretationsspielräume

Trotz dieser - jedenfalls an den Umschreibungen der Wirtschaftswissenschaften gemessen²⁾ - exakten Begrifflichkeit sind Zweifelsfragen und Interpretationsspielräume nicht ausgeschlossen. Beispielhaft illustriert:

1) Bericht des Wirtschaftsausschusses BT-Drucksache 8/3690, S. 27.

2) So weiß z.B. die Oligopoltheorie die Frage: "Was ist ein marktbeherrschendes Oligopol?" nicht mit einer konkreten Angabe der Zahl der Oligopolisten oder Marktteilnehmer zu beantworten; sie sieht sich lediglich zu einer Tendenzangabe imstande, derzufolge ein weites Oligopol grundsätzlich größere Chancen für eine optimale Wettbewerbsintensität bietet als ein enges. Wo aber zahlenmäßig die Grenze zwischen einem weiten und einem engen Oligopol zu markieren ist, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden (vgl. z.B. Jacob, Das Problem des marktbeherrschenden Unternehmens aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, S. 19).

erfaßt § 23a Abs. 2 lediglich horizontale Oligopolver-
engungen, nicht aber vertikale oder konglomerate Zusammen-
schlüsse, die den einzelnen Oligopolisten und damit das Gesamt-
oligopol stärken können¹⁾?

Gilt die Umkehr der Beweislast im Rahmen der qualifi-
zierten Oligopolvermutung nur für den Binnenwettbewerb oder
auch für die überragende Marktstellung im Außenverhältnis?
Wortlaut und Entstehungsgeschichte²⁾ sprechen insoweit eine
eindeutige Sprache i.S. einer zweifachen Beweislastumkehr³⁾.
Diesem mittels traditioneller Auslegungsmethoden gewonnenen
Ergebnis wird jedoch entgegengehalten, die Gleichbehandlung mit
einem Monopolisten, der die gesamte Marktstellung des Oligopol
auf sich vereinige, willkürlich zu verletzen; denn ihm habe das
Kartellamt die Marktbeherrschung in vollem Umfang nachzuwei-
sen⁴⁾.

Umstritten ist ferner das Verhältnis des § 23a Abs. 2
zum materiellen Untersagungstatbestand des § 24 Abs. 1. Teil-
weise wird in dieser Vorschrift lediglich eine Vermutung für
die Marktbeherrschung erblickt, so daß die Norm im Rahmen der
Fusionskontrolle nur dann erheblich werden kann, wenn vor dem
Zusammenschluß noch kein marktbeherrschendes Oligopol bestand;
somit wird die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung
vermutet⁵⁾. Eine weitere Position bezieht den § 23 Abs. 2

1) Für die Einbeziehung der vertikalen und konglomeraten
Zusammenschlüsse Harms, Gemeinschaftskommentar, § 23a Rz
554, 255; ebenso Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, GWB-
Kommentar, § 23a Rdnr. 49; Schultze, WuW 81, S. 102 (110 f.);
abweichend Bernotat, WuW 1980, S. 713 (717).

2) BT-Drucksache 3/3690, S. 27.

3) So auch Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, § 23a Rdnr. 46.

4) So Harms, Gemeinschaftskommentar, § 23a Rdnr. 311 f.; ebenso
im Ergebnis Bernotat, WuW 1980, S. 713 (716) ohne
Begründung.

5) So z.B. Harms, Gemeinschaftskommentar, § 23a Rdnr. 261;
Bernotat, WuW 1980, 713 (715).

- ebenso wie den Abs. 1 dieser Vorschrift - auf den gesamten materiellen Untersagungstatbestand, geht mithin davon aus, daß trotz vorheriger Oligopolmarktbeherrschung automatisch eine Verstärkung derselben qualifiziert vermutet wird¹⁾. Eine dritte Position schließlich erblickt in § 23a Abs. 2 nur im Falle der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung eine qualifizierte Vermutung, im Falle der Verstärkung hingegen lediglich eine einfache Vermutung ohne Beweislastumkehr²⁾.

Selbst in grundsätzlichen Fragen besteht Dissens, so z.B. in der Frage, ob die Vorschrift des § 22 Abs. 2 nur das sog. enge Oligopol betrifft oder auch das weite Oligopol erfaßt, mithin eine Erstreckung auf zahlreiche Unternehmen zuläßt. Gegen eine Einengung der grundsätzlichen Regelung des § 22 Abs. 2 auf die Konstellation des engen Oligopols mit wenigen Mitgliedern wird der Wortlaut dieser Vorschrift, der - im Gegensatz zu den Vermutungstatbeständen der §§ 22 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 23a Abs. 2 S. 1 - keine Obergrenze enthält, ins Feld geführt. Des weiteren wird in funktionaler (teleologischer) Betrachtungsweise, die auf den Schutz der Marktgegenseite als dem zentralen Anliegen der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen abhebt, darauf verwiesen, daß prinzipiell nichts dagegen spricht, in besonders gelagerten Fällen den § 22 Abs. 2 nur deshalb nicht anzuwenden, weil das Marktbild nicht der "klassischen" Erscheinungsform eines Oligopols entspricht. Bei einer größeren Anzahl von Unternehmen sei allein der Nachweis einer marktbeherrschenden Unternehmensgesamtheit schwieriger³⁾. Die Gegenmeinung, die eine Erstreckung des § 22 Abs. 2 auf zahlreiche Unternehmen nicht zuläßt, bedient sich weitgehend des gleichen juristischen Auslegungsinstrumentariums: Bereits

1) So z.B. Wolf, WuW 1980, S. 462 (473); Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, § 23a Rdnr. 49.

2) So Schultz, WuW 1981, 102 (112); vgl. zu diesem Problembe- reich insgesamt Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkun- gen, S. 558 f.

3) So KG WuW/E OLG 2663, 2666 "Texaco-Zerssen"; ebenso Monopol- kommission, 4. Hauptgutachten, TZ 615; vom BGH, der insge- samt der KG-Meinung zuneigt, wurde die Frage im Beschluß vom 4.10.1983 ("Texaco-Zerssen") letztlich offengelassen (WuW/E BGH 2025, 2027); vgl. oben S. 257.

der Wortlaut des § 22 Abs. 2, der von zwei und mehr Unternehmen spreche, zeige, daß der Gesetzgeber lediglich das enge Oligopol gemeint habe. Dies werde durch den systematischen Zusammenhang mit den Vermutungsbestimmungen der § 22 Abs. 3 Nr. 2, 23a Abs. 2 bestätigt. Zudem belege ein Blick in den Bericht des Wirtschaftsausschusses zur 2. Novelle von 1973, daß der Gesetzgeber nur "wenige Unternehmen" habe erfassen wollen¹⁾. Ergänzend wird hinzugefügt, wie sich aus dem Regierungsentwurf zur 2. GWB-Novelle ergebe, habe der Gesetzgeber das Konzept des workable competition übernommen; dieses beruhe auf der Vorstellung, daß nur bei engen Oligopolen die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs eingeschränkt sei, während weite Oligopole eine optimale Wettbewerbsintensität verbürgten²⁾.

Solche Zweifelsfragen, die augenscheinlich nur schwerlich immer exakt mit den traditionellen Auslegungsmethoden (grammatische, historische, systematisch-logische und teleologische Interpretation) beantwortet werden können, ranken sich auch um den Begriff des wesentlichen Wettbewerbs:

Im Ausgangspunkt ist zwar weitgehend unstreitig, daß dieser Begriff im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht einen anderen Bedeutungsinhalt hat als im Rahmen der Fusionskontrolle, bei der marktstrukturelle Gesichtspunkte im Vordergrund stehen. Eine marktstrukturelle Betrachtung läßt indes nicht selten, insbesondere bei homogenen Produkten, noch nicht die abschließende Feststellung zu, daß aus tatsächlichen Gründen wesentlicher Wettbewerb zwischen Oligopolisten fehlt, und daher ist auch hier - im Rahmen einer Gesamtbetrachtung - eine Prüfung des aktuellen Wettbewerbsverhaltens notwendig³⁾. Insbesondere ist mit dem allgemeinen Postulat von einer vorrangigen marktstrukturellen Prüfung noch keineswegs über den qualitati-

1) Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, § 22 Rdnr. 95; Müller-Giesler-Scholz, Kommentar zum GWB, § 22 Rdnr. 53 b.

2) So Autenrieth, WRP 1983, S. 256.

3) Vgl. die Nachweise oben S. 280 f., insb. WuW/E BGH 2025, 2027 ("Texaco-Zerssen").

ven Stellenwert der Strukturmerkmale entschieden, sprich: darüber, ob die Strukturdaten die Unternehmen zur Unterlassung kompetitiver Maßnahmen zwingen müssen, in welcher Weise den preislichen Besonderheiten eines Marktes mit homogenen Produkten Rechnung zu tragen ist, ob nicht bereits relativ geringfügige Anzeichen von Preiswettbewerb, und seien sie auch nur lokal und temporär, wesentlichen Wettbewerb konstituieren können¹⁾.

Wie den Materialien zu § 23 Abs. 2 zu entnehmen ist, stimmten die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten darin überein, daß die Zusammenschlußwirkungen zwischen den Oligopolisten nicht aufgrund des aktuellen Wettbewerbsverhaltens, sondern anhand von Strukturmerkmalen zu beurteilen sind²⁾. Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik sah den Hauptmangel des überkommenen Rechts darin, daß Konzentrationsvorgänge auch dann nur unter erschwerten Bedingungen untersagt werden konnten, wenn die überragende Marktstellung des Oligopols zu Lasten von vergleichsweise kleinen und mittleren Unternehmen weiter verfestigt wurde und sich hierdurch die strukturellen Wettbewerbsvoraussetzungen weiter verschlechterten. Zweck der Neuregelung war es, solchen weiteren Strukturverschlechterungen effektiver zu begegnen³⁾. Mit diesem pointiert strukturbezogenen Ansatz, der sprachlich in dem Begriff "Wettbewerbsbedingungen" seinen Ausdruck gefunden hat, sind freilich keineswegs terminologische Meinungsdivergenzen mit weitgehender Konsequenz im Einzelfall ausgeräumt. Sind beispielsweise Preis- oder Verhaltensstrukturen den "Wettbewerbsbedingungen" zuzuordnen oder dem aktuellen Marktverhalten? Ist die Marktstruktur oder nur das tatsächliche Verhalten gemeint, wenn Erweiterungsinvestitionen oder eine Betriebs-schließung geplant werden, wenn Schutzrechte erworben werden oder mit anderen Unternehmen kooperiert werden soll? Pointiert

1) Meinungsunterschiede in diesen Punkten wurden zwischen dem BKartA und KG bekanntlich insbesondere im "Texaco-Zerissen"-Verfahren deutlich (vgl. oben S. 278 f.).

2) Regierungsentwurf vom 27.9.1978, BT-Drucksache 8/2136, S. 12, S. 21 f.; sowie Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucksache 8/3690, S. 27.

3) BT-Drucksache 8/3690, S. 27.

formuliert: "Die Abgrenzung ist so ungeklärt und verschwommen wie der Strukturbegriff selbst, den man gewöhnlich nur verwendet, wenn genaue Festlegungen zu vermeiden oder zu schwierig sind"¹⁾.

Unterschiedlich beantwortet werden kann schließlich die im Vordergrund der vorliegenden Untersuchung stehende Frage, welches Gewicht den einzelnen Aktionsparametern bei der Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs beizumessen ist.

Daß (auch) hier die traditionellen Auslegungsmethoden versagen, insbesondere die von der Judikatur recht häufig bemühte historische Interpretation nicht hilfreich ist, ist im 1. Kapitel im einzelnen aufgezeigt. Bei der spezifischen Konzeption des Oligopolstatbestandes von 1957 hat sich der Gesetzgeber nicht eindeutig die ordoliberalen "Marktform der vollkommenen Konkurrenz" mit dem Preisparameter als zentralem Wettbewerbsmittel zu eigen gemacht. Selbst bezüglich der "klassischen" und damals bereits hinreichend bekannten Oligopolssituation: der faktischen Gleichpreisigkeit bei homogenen Gütern ist eine legislatorische Regelungsoffenheit festzustellen. Präzisiert wurde der Oligopolstatbestand auch nicht durch das vom wirtschaftspolitischen Ausschuß in Bezug genommene Konzept des "workable competition"²⁾. Definitorische Klarheit hat auch nicht die Novellierung des Oligopolstatbestandes anläßlich der 2. Novelle von 1973 gebracht. Da nicht (einmal) an der "verunglückten" Fassung der Gleichpreisigkeitsvermutung im Regierungsentwurf vom 18.8.1971 festgehalten wurde, blieb die Frage offen, ob bereits bei Gleichpreisigkeit die Möglichkeit einer Mißbrauchsaufsicht eröffnet werden sollte; insbesondere blieb unbeantwortet, welcher Stellenwert den einzelnen nichtpreislichen Aktionsparametern bezüglich der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs einzuräumen war³⁾.

1) Harms, Was ist ein marktbeherrschendes Oligopol?, S. 15; dazu ders. im Gemeinschaftskommentar, § 23a Rdnr. 291.

2) Vgl. oben S. 16 ff.

3) Vgl. oben S. 31 ff., insb. S. 50 ff.

Auch die Einfügung der qualifizierten Oligopolvermutung des § 23a Abs. 2 im Jahre 1980 ist bezüglich des Stellenwertes der einzelnen Aktionsparameter unergiebig. Ausgelöst wurde die Novellierung dadurch, daß sich die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse auf Oligopolmärkten als unzulänglich erwies, das Kartellamt bei Aufholfusionen, die den Abstand zum Marktführer verringerten, eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen annahm, und die Untersagung eines Zusammenschlusses den Nachweis voraussetzte, daß der bisher vorhandene Wettbewerb zwischen den Oligopolisten entscheidend berührt werde¹⁾. Die letztgenannte Rechtsauffassung wurde bestätigt vom KG in der Entscheidung "Blei- und Silberhütte Brauchbach" und demgemäß zählen Mestmäcker²⁾ und Möschel³⁾ diese Entscheidung mit zu dem aktuellen Erfahrungshintergrund der Entstehungsgeschichte. Im Vordergrund der Überlegungen stand ausschließlich der Aspekt der Marktstrukturverschlechterung im Gegensatz zum aktuellen Wettbewerbsverhalten, ohne daß dieses (nach Aktionsparametern) inhaltlich näher problematisiert worden wäre. Demgemäß benennt der Ausschuß als Widerlegungsmöglichkeit beispielhaft nur die Konstellation, daß das Kräfteverhältnis innerhalb des Oligopols - ohne wesentliche Verengung - durch die Fusion ausgeglichener wird⁴⁾, nicht aber ein wie auch immer geartetes vergangenes

1) Vgl. oben S. 250 f.

2) Immenga/Mestmäcker, § 23a Rdnr. 44.

3) Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 875.

4) BT-Drucksache 8/3690, S.27.

Marktverhalten¹⁾.

3. Hypothesen zu den allgemeinen Wertungsgrundlagen

Über das Für und Wider oligopolistischer Marktstrukturen
läßt sich unter dem ökonomischen Gesichtspunkt der Effizienz

- 1) Den Unternehmen ist zwar grundsätzlich nicht verwehrt, im Rahmen des ihnen obliegenden Nachweises sich auch auf ein Wettbewerbsverhalten vor dem Zusammenschluß zu berufen; insoweit kann das vergangene Verhalten durchaus Indiz für die Prognose sein. Da sich jedoch die Erwartung künftigen Wettbewerbs auf die zukünftigen Wettbewerbsbedingungen stützen muß, der zu erwartende Wettbewerb mithin der Marktstruktur und nicht dem Marktverhalten geschuldet sein muß, kann von einer solchen Indizwirkung nur ausgegangen werden, falls das vergangene Verhalten auf marktstrukturelle Ursachen zurückzuführen ist und sich die Wettbewerbsbedingungen nicht wesentlich verändert haben (vgl. KG WuW/E OLG 3051, 3072 "Texaco-Zerissen" m.w.Nachw. aus der Literatur). Vor diesem dogmatischen Hintergrund erklären sich die kartellamtlichen und gerichtlichen Feststellungen zu dem strukturell bedingten Wettbewerbsverhalten der führenden Zigarettenhersteller vor dem Zusammenschluß. - Nach Mestmäcker (in: Immenga/Mestmäcker, § 23a Rdnr. 57) läßt sich das Gewicht, das den einzelnen Parametern im Rahmen des § 23a Abs. 2 beizumessen ist, nicht generell bestimmen. Als renommierter Repräsentant der "Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen" teilt er die weithin verbreiteten rechtsmethodischen und praktischen Bedenken gegenüber einer punktuellen Preiskontrolle. Zugleich geht es ihm vornehmlich darum, Marktstrukturen zu erhalten, wobei der Fusionskontrolle augenscheinlich eine zentrale Aufgabe zugewiesen wird (vgl. hierzu ebenda, vor § 23, Rdnr. 36 ff. sowie die "restriktiven" Einzelkommentierungen). Daher überrascht nicht, daß er dem Preis als Element wirksamen Wettbewerbs ein großes Gewicht im Rahmen der Fusionskontrolle zumißt. Und auch für den Forschungs- und Qualitätswettbewerb konstatiert er eine tendenzielle Unwirksamkeit mit zunehmender Konzentration. Nicht jeder zu erwartende Nicht-Preiswettbewerb - und hierzu werden insbesondere jene Strategien gezählt, die entwickelt werden, um im Oligopol Marktanteile ohne Preiswettbewerb zu erhalten oder zu verändern, - genüge den Erfordernissen wesentlichen Wettbewerbs. Speziell zur Werbung führt er differenzierend aus: Sie "kann ein Mittel sein, um den Verbraucher zu informieren und die Nachfrage nach neuen Gütern wecken. Geht der Markt von der Expansionsphase in die Stagnationsphase über, so nimmt der Beitrag der Werbung zur Wirksamkeit des Wettbewerbs ab. Reklamewettbewerb kann im Oligopol zum Wettbewerb mit Hilfe der Finanzkraft werden und die Schranken für den Zugang zum Markt erhöhen" (ebenda, § 23a Rdnr. 57).

sowie dem gesellschaftspolitischen Aspekt einer möglichen Bedrohung der Freiheit der Marktteilnehmer trefflich streiten:

Das Oligopol kann einerseits als eine "ideale" Marktform begriffen werden. In der Logik einer solchen Position liegt die Forderung nach einer Marktstruktur mit möglichst vielen engen Oligopolen, die gleichermaßen innovations- wie national und insbesondere international wettbewerbsfähig sind. Ein solches Vorverständnis wird keine Unterscheidung bezüglich des Stellenwertes der einzelnen Aktionsparameter bei der Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs gelten lassen. Bezüglich der konkreten Frage, ob die Gleichpreisigkeit bei homogenen Gütern funktionsunfähigen Wettbewerb indiziert, wird das Argumentationsmuster etwa wie folgt lauten: Hält ein Anbieter an einem höheren Preis als seine Konkurrenten fest, so verliert er über kurz oder lang seine Abnehmer. Die Marktpreisbildung beinhaltet, daß sich Kostenunterschiede in unterschiedlich hohen Gewinnen niederschlagen. Dies ist sogar ein positives Wettbewerbselement, regt es doch zur Innovation und Kostensenkung an. Entscheidend für die wettbewerbliche Dynamik ist das Erzielen und die Erosion von Vorsprüngen¹⁾.

Andererseits kann Oligopolstrukturen grundsätzlich sowohl unter ökonomischen wie auch gesellschaftspolitischen Aspekten Skepsis entgegengebracht werden. Auf jeden Fall wird weiten Oligopolen eine höhere Wettbewerbsintensität und freiheitsverbürgende Funktion zugeschrieben als engen Oligopolen. Allgemein artikuliert sich ein solches Vorverständnis in dem Postulat, oligopolistische Strukturen im Auge zu behalten, da der Wettbewerb auf Märkten mit wenigen Großunternehmen erfahrungsgemäß ohne nachweisbare Absprachen oder Abstimmungen durch Parallelverhalten beschränkt wird und der Kampf um höhere Marktanteile sich unter weitgehendem Ausschluß des Preiswettbewerbs unter Einsatz nichtpreislicher Aktionsparameter fortsetzt. Demgemäß wird der Nicht-Preiswettbewerb im Oligopol kritisch

1) So beispielhaft einige Stimmen, die an der Podiumsdiskussion des FIW im Jahre 1980 über das Thema "Was ist ein marktbeherrschendes Oligopol?" teilgenommen haben, in: Schwerpunkte des Kartellrechts, 1980/81, S. 22.

beurteilt, zumal er die Marktzutrittsschranken zu erhöhen und den Wettbewerb im Außenverhältnis weiter zu beschränken droht. In concreto sind damit beispielsweise die folgenden Aussagen vorgegeben: Gleichpreisigkeit bei homogenen Gütern indizieren funktionsunfähigen Wettbewerb; denn hier finden die unterschiedlichen Kostenlagen der Konkurrenten sowie das Bestreben nach Ausweitung der Marktanteile keinen hinreichenden Ausdruck. Reklamewettbewerb, insbesondere erhebliche Werbeaufwendungen, welche nur Großunternehmen möglich sind, sind wettbewerbsrechtlich schädlich, weil sie Zugangsbarrieren für Newcomer aufbauen und zudem nicht zur Markttransparenz beitragen¹⁾.

Demgemäß scheint die Mutmaßung plausibel: Hinter den divergierenden normativen Detailaussagen zum Begriff des wesentlichen Wettbewerbs verbergen sich letztlich - ungeachtet aller traditionellen Auslegungsmethoden - unterschiedliche Grundsatzpositionen, welche oligopolistische Marktstrukturen bald "affirmativ", bald "kritisch" sowie "systemkritisch" einschätzen.

Diese Hypothese soll im folgenden an den Positionen von Knöpfle sowie Reich, Möschel und Hoppmann als namhaften Repräsentanten unterschiedlicher wettbewerbstheoretischer Konzeptionen belegt werden²⁾.

Das allgemeine Vorverständnis bezüglich eines Erkenntnisgegenstandes (hier: Oligopolstrukturen) bestimmt nicht nur die konkrete Detailsubsumtion unter einen unbestimmten Rechtsbegriff (hier: wesentlicher Wettbewerb). Zugleich korreliert es mit einem spezifischen Rechtsstaatsverständnis, das bei Eingriffen in die Dispositionsautonomie von Rechtssubjekten vom Gesetzgeber die Respektierung bestimmter verfassungsrechtlich verbürgerter Freiheitsrechte verlangt sowie die Rechtsanwen-

1) Vgl. zur Einschätzung der Preisgleichheit bei homogenen Gütern die Einlassung anderer Teilnehmer der obigen Podiumsdiskussion, S. 22.

2) Die Abteilung des Rechtsbegriffs aus den wettbewerbs- und preistheoretischen Modellvorstellungen, wie sie Sandrock leistet, ermöglicht keine eindeutige Positionsbestimmung. Daher kann auf diesen Autor bei der Verifikation dieser Hypothese nicht Bezug genommen werden.

dungsorgane auf die Vollziehung von "Gesetz und Recht" (Art. 20 Abs. 3 GG) verpflichtet. Insoweit kann vermutet werden:

Bei "positiver" Grundeinstellung gegenüber oligopolistischen Marktstrukturen fallen die Anforderungen an den Gesetzgeber "streng" aus und die Rechtsanwendungsorgane werden auf eine strikte Selbstbegrenzung des zweifelsfreien Willens des Gesetzgebers festgelegt.

Und vice versa: Bei "kritischer" oder gar "systemkritischer" Grundeinstellung werden verfassungsrechtliche Fragen an den Gesetzgeber nicht gestellt. Zugleich wird den Rechtsanwendungsorganen eine mehr oder weniger große Gestaltungskompetenz eingeräumt, die sich im Einzelfall - unter Berufung auf eine sozialstaatlich fundierte Rechtsfortbildung - sogar über den eindeutigen Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen kann. Auch dieses Zusammenspiel von allgemeinem Vorverständnis und den Ausprägungen des Rechtsstaatsgebotes soll an den zitierten Autoren beispielhaft belegt werden.

Die Rechtsanwendungsorgane (hier: Kartellamt und Gerichte) entscheiden über konkrete Einzelfälle. Globalaussagen, die ihr generelles gegenständliches Vorverständnis sowie ihr allgemeines Rechtsstaatsverständnis belegen, finden sich daher nicht. Gleichwohl werden auf der Mikroebene der konkreten Rechtsfindung - bei übereinstimmender Akzeptanz der Prärogative des Gesetzgebers (des Gewaltenteilungsprinzips, der Bindung der Rechtsprechung und Verwaltung an das Gesetz) - methodische Meinungsdivergenzen deutlich:

Wenn die Gerichte, insbesondere das KG, den Begriff des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 grundsätzlich enger fassen als das Bundeskartellamt, so ist dies methodisch kein Zufall. Die einschlägigen Gerichtsentscheidungen stehen repräsentativ für eine Kartellrechts-Judikatur, die sich bei der Ermittlung des Norminhalts strikt an das Gesetz gebunden fühlt und sich auch bezüglich der Adaption wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse augenscheinlich Zurückhaltung auferlegt. Das Bundeskartellamt hingegen sieht in der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe des GWB eine Besonderheit und bezieht daraus seine Legitimation selbst aktiv an der Gestaltung der Wettbewerbsordnung mitzuwirken.

In welchem Maß die divergierenden Aussagen zum Begriff des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 auf ein solch' prinzipiell unterschiedliches Methodenverständnis zurückzuführen sind, soll an den kartellamtlichen und kammergerichtlichen Entscheidungen rekonstruiert werden¹⁾.

II. Rechtsstaatsprinzipien und allgemeines Vorverständnis

1. Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips

a) Anforderungen an den Gesetzgeber

Da sowohl ein mißbräuchliches Verhalten wie ein Unternehmenszusammenschluß marktbeherrschender Oligopole von der Kartellbehörde mit Untersagungsverfügungen geahndet werden kann (§§ 22 Abs. 5, 24 Abs. 2), wird - jedenfalls bei formaler Betrachtung - die Dispositionsautonomie der Oligopolisten tangiert.

Als Teil der "allgemeinen Handlungsfreiheit" wird die unternehmerische Wirtschaftsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, flankiert von der Berufs- und Gewerbefreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG sowie von der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG, welche bekanntlich die Garantie des Rechtes am Unternehmen bzw. am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mit einschließt. Aus dem komplexen Wirkungszusammenhang

1) Vgl. unten 3. - Gemäß § 70 Abs. 5 S. 1 hat das KG eine unbeschränkte Befugnis zur Überprüfung kartellrechtlicher Entscheidungen; es übt gleichermaßen eine Rechtmäßigkeits- wie Zweckmäßigkeitskontrolle aus. Andererseits sind die KG-Entscheidungen nur in begrenztem Umfang revisibel; viele Fragen liegen auf dem Gebiet der tatrichterlichen Würdigung. Angesichts dieser zentralen Entscheidungsfunktion des KG, die auch bei der Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs augenfällig geworden ist, erscheint es vertretbar, die ohnehin "spärlichen" Ausführungen des BGH nicht explizit zu analysieren. Soweit es ausschließlich um die Spezifikation des Rechtsbegriffs "Fehlen wesentlichen Wettbewerbs" geht, stimmen sie überdies - wie die ausnahmslos bestätigenden Entscheidungen belegen - mit den Rechtsvorstellungen des KG überein.

dieser grundrechtlichen Gewährleistungen folgt unbestritten die Forderung, daß jede gesetzgeberische Ermächtigung zu einer kartellbehördlichen Intervention dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gerecht werden muß; übermäßige und sachlich nicht gerechtfertigte Eingriffe in die wirtschaftliche Freiheitssphäre bzw. in die eigentumsrechtliche Rechtstellung auch marktbeherrschender Unternehmen sind zu unterlassen¹⁾.

Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Oligopole sowie die einschlägigen Fusionsbestimmungen sind mithin verfassungswidrig, falls sich begründen läßt, daß sie den Spielraum der Unternehmen unangemessen einschränken²⁾.

Eine weitere Forderung, die sich aus den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit für Eingriffsnormen ergibt, lautet "Normklarheit".

Jede staatliche Eingriffsermächtigung muß nach Inhalt und Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und eingegrenzt sein. Wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung betont, müssen die Eingriffe für den (potentiell) betroffenen Bürger möglichst klar erkennbar und meßbar, möglichst voraussehbar und wirkungsmäßig kalkulierbar sein³⁾. Der Ge-

1) Zu diesen weitgehend anerkannten Grundsätzen verfassungsrechtlich verbürgter Wirtschaftsfreiheiten vgl. statt vieler Schmidt-Preuss, Verfassungsrechtliche Zentralfragen staatlicher Lohn- und Preisdirigismen, S. 131 ff.; ferner Scholz, ZHR 141 (1977), S. 520 ff. (547 f.), jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes.

2) Daß solche Schlußfolgerungen - zumeist in dezidiert perspektive - durchaus gezogen werden, zeigt u.a. das von Ipsen im Auftrag der BP-AG erstellte Gutachten zur Frage, ob Marktergebniskorrekturen in der Form von Preiskontrollen verfassungsrechtlich zulässig sind. Nach Auffassung des Autors wird der Wesensgehalt der Wirtschaftsfreiheit bei Ersetzung unternehmerischer Preisbestimmungsmacht durch hoheitliche Preisfestsetzung in verfassungswidriger Weise tangiert, falls die behördlichen Preiskontrollmaßnahmen zum Ausscheiden aus dem Markt zwingen, dies ernstlich zu befürchten ist oder die Erzielbarkeit kostendeckender Preise verhindert wird (vgl. Ipsen, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, S. 79 ff.). Zur Auseinandersetzung mit Ipsen vgl. Thiele, JR 1977, S. 359 ff.; ferner Scholz, ZHR 141, S. 520 ff.; Gotthold, WRP 1978, S. 601 ff.

3) Vgl. u.a. BVerfGE 38, 348 (358 ff.); 42, 191 (200 ff.).

setzgeber ist gehalten, die Funktionen der Exekutive inhaltlich festzulegen; er darf sich nicht damit begnügen, lediglich allgemein gehaltene Grundsätze aufzustellen. Eine diffuse (vage) Generalklausel, welche es dem Ermessen der Exekutive überantwortet, die Grenzen der Freiheit im einzelnen festzulegen, ist mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unvereinbar. Zwar kann der Gesetzgeber der Verwaltung generalklauselmäßig gefaßte Ermächtigungen sowie Ermessens- und Beurteilungsspielräume zu autonomer Ausgestaltung eröffnen. Dadurch wird er jedoch nicht von der Verpflichtung entbunden, die betreffende Vorschrift so zu formulieren, daß sie den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normklarheit und Justitiabilität entspricht¹⁾. Ein größeres Maß an originärer Gestaltungskompetenz und Flexibilität wird vom Bundesverfassungsgericht freilich jenen Verwaltungsbehörden eingeräumt, die auf dem Gebiet des wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Interventionsrechts tätig sind. Gerade auf diesem Feld wird der Gesetzgeber nicht ohne Generalklauseln auskommen. Um die Behörden in die Lage zu versetzen, den Einzelumständen sowie den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden, wird er zumeist auf die Formulierung abstrakter und unbestimmter Rechtsbegriffe festgelegt sein²⁾.

Entsprechen die §§ 22 ff. GWB diesen (relativierten) Grundsätzen der Rechtsklarheit? Ist der Begriff des "mißbräuchlichen Verhaltens" nicht eine diffuse Leerformel, deren Ausfüllung - jedenfalls vor der beispielhaften Präzisierung anlässlich der Novelle von 1980 - weitgehend in das Belieben der Rechtsanwendungsorgane gestellt war? Ist die Umschreibung der Marktherrschaft in § 22 so hinreichend, daß ein Unternehmen vorher

1) Vgl. zu diesen unbestrittenen Leitsätzen der Verfassungsjudikatur statt vieler Scholz, ZHR 141, S. 540; ferner ders., Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 91 ff.

2) Vgl. BVerfGE 8, 326.

wissen kann, ob es in den Kreis der zu kontrollierenden Unternehmen gehört¹⁾.

b) Auslegung des Oligopolbegriffs und Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Vorbehalt des Gesetzes)

Ein marktbeherrschendes Oligopol hat bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen sowohl mit verwaltungsrechtlichen, ordnungswidrigkeitsrechtlichen wie auch zivilrechtlichen Rechtsfolgen zu rechnen. Im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht kann das inkriminierte Verhalten abgemahnt und sodann untersagt werden (§ 22 Abs. 5). Der durch die 4. Novelle eingefügte § 37b ermöglicht es der Kartellbehörde, einen Mehrerlös abzuschöpfen, den ein Unternehmen aufgrund eines Verhaltens, das die Kartellbehörde nach § 22 Abs. 4 untersagt hat, nach Zustellung der Verfügung erlangt hat. Wurden Verträge zu Zwecken des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung abge-

1) Auch solche Fragen, mögen sie auf den ersten Blick noch so befremdlich erscheinen, werden in der Literatur teilweise gestellt. Den jüngsten Beitrag, der sich der Problematik einer längst für überfällig gehaltenen rechtsstaatlichen Durchdringung des GWB widmet, liefert Meier, WuW 1983, S. 275 ff. Bezeichnend ist bereits, daß die Rechtsprechung zum größeren Gestaltungsspielraum im Bereich der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Eingriffsermächtigung nicht zitiert wird. Die verfassungsrechtlichen Monita richten sich u.a. gegen die Verwendung von "Leerformeln, für deren Ausfüllung der Gesetzgeber dem Rechtsanwender keine oder aus der Sicht des Bestimmtheitsgrundsatzes jedenfalls unzureichende Anhaltspunkte für eine Ausfüllung an die Hand gibt" (S. 280 f.). Dieser Klassifikation wird der Begriff des "mißbräuchlichen Verhaltens" zugeordnet, der von den Behörden und Gerichten "freischwebend" - und für die betroffenen Unternehmen oft nicht vorhersehbar - erst im Laufe der Zeit konkretisiert worden sei. Erst die Novelle von 1980 habe in § 22 Abs. 4 S. 2 - unter Adaption der Auslegungsergebnisse der Judikatur - den Kartellbehörden einen gewissen Kontrollmaßstab zur Verfügung gestellt. In dieser Entwicklung wird eine Perversion der Aufgaben der exekutierenden Rechtsprechung und der gestaltenden Gesetzgebung erblickt, die insgesamt das verfassungsrechtlich bedenkliche Defizit an rechtsstaatlich gebotener Bestimmtheit der kartellrechtlichen Eingriffsnormen mit seinen "offenen" Tatbeständen demonstrierte (ebenda, S. 281). - Zu den rechtsstaatlichen Monita am unbestimmten Marktbeherrschungsbegriff vgl. im Vorgriff Hoppmann, Wirtschaftsdienst 1974, S. 390 f.

schlossen, so können diese durch einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt (mit Wirkung für die Zukunft) für unwirksam erklärt werden. Ein Bußgeldverfahren kommt in Betracht, falls sich ein marktbeherrschendes Unternehmen über die Unwirksamkeit eines Vertrages hinwegsetzt, den die Kartellbehörde nach Abs. 5 durch eine unanfechtbar gewordene Verfügung für unwirksam erklärt hat, oder einer unanfechtbar gewordenen Verfügung nach § 22 Abs. 5 zuwider handelt (vgl. § 38 Abs. 1 Nr. 2 und 4). An zivilrechtlichen Rechtsfolgen ist diskutabel, betroffenen Dritten gemäß § 35 i.V.m. § 22 Abs. 4 einen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch einzuräumen sowie jene Verträge, die über § 22 Abs. 5 durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt für unwirksam erklärt werden können, zugleich schon wegen Sit-
tenwidrigkeit für nichtig gemäß § 138 BGB zu deklarieren¹⁾.

Dieses "Gemengelage" von unterschiedlichen Rechtsfolgen hat bezüglich der Interpretation der einzelnen Tatbestandsmerkmale Konsequenzen. Selbst wenn das ordnungswidrigkeitenrechtliche "Seitenstück"²⁾ völlig vernach-

1) Vgl. zu den Einzelheiten dieser unterschiedlichen Sanktionen, insbesondere zu den umstrittenen zivilrechtlichen Rechtsfolgen statt vieler Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 187 ff.

2) Sandrock, Die Einheit der Wirtschaftsordnung, S. 23.

lässigt¹⁾ und ausschließlich der (insbesondere auch fusions-

- 1) Die h.M. wendet auf Ordnungswidrigkeiten, wie durch Art. 103 Abs. 2 GG ("nulla poene sine lege") und § 3 OWiG geboten, strafrechtliche Grundsätze an, die freilich im Hinblick auf die nur quasi-strafrechtlichen Rechtsfolgen nicht mit gleicher Stringenz gehandhabt werden müssen. Unstreitig ist indes eine Analogie zuungunsten des Betroffenen unzulässig (BVerfGE 25, 269, 285). - Im "Teerfarben-Beschluß", in dem über die Verhängung eines Bußgeldes zu befinden war, hat der BGH den Vertragsbegriff des § 1 GWB zivilrechtlich i.S. der §§ 145 ff. BGB und damit restriktiv ausgelegt. An einer erweiternden Interpretation des Vertragsbegriffs sahen sich die Richter nicht zuletzt durch das auch für das Ordnungswidrigkeitsrecht geltende strafrechtliche Analogieverbot gehindert (BGHSt 24, S. 54 ff., 61 f.). - Sandrock (Die Einheit der Wirtschaftsordnung) hat den Fall zum Anlaß einer methodologischen Untersuchung genommen. Die Einheit der Rechtsordnung sieht er u.a. durch "mikrorechtliche Widersprüche" gefährdet, falls die kartellrechtlichen Tatbestände bzgl. der zivil-, straf- und verwaltungsrechtlichen Rechtsfolgen unterschiedlich interpretiert werden. Zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung favorisiert er eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die über Bedenken hinweggeht, wie sie im Teerfarben-Beschluß zur Verneinung der Ordnungswidrigkeit geführt hatten (ebenda, S. 22 ff.); vgl. ders., WuW 1971, S. 856; zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht vgl. Ulmer, WuW 1971, S. 878 ff.). - Die wirtschaftliche Betrachtungsweise versucht insbesondere Normumgehungen und andere, durch "normale" Auslegung nicht oder nur schwer faßbare Erscheinungen in den Griff zu bekommen, insbesondere zivilrechtliche Gestaltungen kartellrechtlich für irrelevant zu erklären. - So begrüßenswert eine solche Zielsetzung der Erfassung des "wahren" Gehaltes wirtschaftlich-sozialer Phänomene auch sein mag, so ist eine solche Betrachtungsweise unter ordnungswidrigkeitenrechtlichem Blickwinkel nicht unbedenklich, da sie jedenfalls tendenziell die formal-rechtsstaatlichen Sicherungen unterläuft. Die Einheit der Rechtsordnung (genauer: Rechtsanwendung i.S. von Tatbestandsinterpretation) läßt sich auch bei restriktiver Interpretation der einzelnen "Tatbestandsmerkmale wahren, indem argumentiert wird: Eine Kartellrechtsnorm mit mehrfachen Rechtsfolgen muß mindestens die Normqualität aufweisen, die der Rechtsfolge mit den strengsten Erfordernissen entspricht; angesichts des Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m. § 3 OWiG ist dies stets das Strafrecht (so Raisch, ZHR 128, S. 161, 164 ff.; vgl. ferner Steindorff, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, S. 217 ff.). - Der BGH folgt augenscheinlich dieser restriktiven Einheitstheorie, führt er doch in einer späteren Entscheidung aus, "daß in Fällen, in denen an ein und denselben objektiven Tatbestand sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Sanktionen geknüpft werden, eine einheitliche Beurteilung der Analogiefrage geboten erscheint und im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtseinheit unerlässlich ist" (NJW 1978, S. 1856). Tiedemann einschlägig ausgewiesen durch grundsätzliche Forschungen im Nebenstrafrecht und insbesondere im Kartellrecht (vgl. nur NJW 1979, S. 1849 ff., ders., in: Immenga/Mestmäcker, vor § 38 Rdnr. 22 ff.), tritt ent-

schieden für diese Praxis ein und warnt vor einer interpretatorischen Normspaltung: "Enge Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe im Strafrecht bedeutet ..., daß Strafbarkeit nur angenommen werden kann, wenn über das Vorliegen der Strafbarkeitsvoraussetzungen vernünftigerweise nicht mehr gestritten werden kann, wenn also die Tatbestandsmäßigkeit eindeutig gegeben ist (vor § 38, Rdnr. 27). Und aus dem in Art. 103 Abs. 2 GG konstituierten Gebot objektiver Erkennbarkeit und Berechenbarkeit straf- und bußgeldrechtlicher Verbote wird beispielsweise die Unanwendbarkeit der Marktbereichsvermutungstatbestände des § 22 Abs. 3 im Bußgeldverfahren gefolgt. Vor allem seien normative Merkmale wie die "Unbilligkeit" bei Boykott und Diskriminierung (§ 26) in ihrer ordnungswidrigkeitenrechtlichen Bedeutung (vgl. § 38 Abs. 1 Nr. 8) einzuschränken auf solche Wertungen, die als allgemein anerkannt und gesichert bezeichnet werden könnten (NJW 1979, S. 1849, 1851). - Augenscheinlich findet diese Position Zustimmung auch bei den Präsidenten des Kartellsenats des BGH: "Die Gerichte müssen bei der Auslegung dieser (bußgeldbewährten) Vorschriften", so schrieb bereits der vormalige Präsident Fischer (ZGR 1978, S. 235 ff. (238 f.)), "beachten, daß insoweit auch den strafrechtlichen Erfordernissen Genüge getan wird; man darf dabei auch nicht übersehen, daß der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes insoweit Strafsenat ist (§ 95 Abs. 2 GWB). Die Bedeutung des strafrechtlichen Tatbestands mit seinem Bestimmtheitserfordernis und seinem Analogieverbot muß daher die gebotene Berücksichtigung finden und nötigt in dem weiten Anwendungsbereich der §§ 38 ff. GWB - auch im Rahmen von Zivil- und Verwaltungsverfahren - zu einer mehr am Wortlaut haftenden Auslegung, damit es nicht zu Diskrepanzen zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Auslegung kommt". Im gleichen Sinne schreibt sein Nachfolger Pfeiffer (Grundfragen der Rechtskontrolle im Kartellverfahren, S. 1 ff. (11 ff.): "Wenn es überhaupt Sinn hat, von einer eigenen Auslegungsmethodik des Kartellrechts zu sprechen, dann ergibt sich dies aus der Maßgeblichkeit strafrechtlicher Auslegungsgrundsätze für das Bußgeldverfahren. Bisher hat der Kartellsenat eine nach Verfahrensarten unterschiedliche Auslegung derselben Tatbestände des GWB nicht vorgenommen. Er hat dies allerdings auch nicht ausgeschlossen. Käme es zu einer solchen "Normspaltung", müßte ein und derselbe unbestimmte Rechtsbegriff straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlich anders, nämlich enger, als zivil- und verwaltungsrechtlich ausgelegt werden. Dies folgt aus dem strafrechtlichen Analogieverbot und dem Gebot objektiver Erkennbarkeit und Berechenbarkeit straf- und bußgeldrechtlicher Verbote. Eine solche Normspaltung wäre eine weitere, und zwar sehr unerfreuliche Besonderheit des Kartellrechts, und es bedarf keiner Sehergabe, um vorherzusagen, daß die Rechtsprechung eine solche Aufspaltung des Kartellrecht nach Kräften zu verhindern versuchen wird".

rechtlich) im legislatorischen und faktischen Vordergrund stehende Gesichtspunkt der verwaltungsrechtlichen Sanktionen berücksichtigt wird, so folgt daraus noch keineswegs die methodische Zulässigkeit eines Rückgriffs auf die "großzügigen" Auslegungsmethoden des Zivilrechts, das gleichermaßen eine richterliche Rechtsfortbildung wie eine (erweiternde) Analogie erlaubt. Jede extensive Interpretation sieht sich hier dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, genauer: des Vorrangs des Gesetzes, gegenüber, demzufolge alle Eingriffe der Verwaltung in die Freiheits- und Vermögenssphäre des Bürgers und demgemäß auch alle kartellbehördlichen Interventionen der Legitimation durch eine gesetzliche Vorschrift bedürfen.

Bezüglich des Ausgangspunktes besteht insoweit Konsens: Eine Rechtsfortbildung, die sich zu Lasten der Unternehmen über den eindeutigen legislatorischen Willen, wie er sich aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte, der Systematik und Zielsetzung der jeweiligen Vorschrift hinwegsetzt, ist mit dem Prinzip der Gewaltenteilung sowie den Geboten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes unvereinbar¹⁾.

Auf der anderen Seite ist unstreitig zulässig eine restriktive respektive extensive Konkretisierung des gesetzgeberischen Willens (Auslegung). Kontrovers diskutiert werden kann demgemäß nur, wo im Einzelfall die Grenzen zwischen rechtsmethodisch unzulässiger Rechtsfortbildung und zulässiger

1) So wird beispielsweise die gesetzliche Ermächtigung der §§ 22 Abs. 5, 37a Abs. 2 überschritten, wenn die Kartellbehörde statt des vorgesehenen Verbots ein Gebot zu einem bestimmten Handeln dekretiert. Das Gebot zu einem bestimmten Handeln enthält einen unverhältnismäßig stärkeren und sachlich andersartigen Eingriff in den Rechtskreis des betroffenen Unternehmens als ein Verbot, ein bestimmtes Vorgehen oder Verhalten zu unterlassen. Dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes ist zu entnehmen, daß es der Dispositionsautonomie des Unternehmens überlassen bleiben soll, wie es die inkriminierte Verhaltensweise abstellt; ein Gebot würde dem Unternehmen jegliche Entscheidungsfreiheit nehmen (so sehr deutlich BGH ("Polyester-Grundstoffe"), BB 1975, S. 711 f.).

Auslegung zu markieren sind¹⁾.

Eindeutige Markierungen fallen im Kartellrecht recht häufig besonders schwer, weil das traditionelle Auslegungsinstrumentarium - der vorliegende Untersuchungsgegenstand ist beredter Beleg - nur von begrenztem Aussagewert ist:

- 1) Auch im Steuerrecht ist man sich über die Unzulässigkeit verschärfender Rechtsfortbildung weitgehend eins. Lediglich Walz (Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, S. 140 ff.) vertritt hier einen anderen Standpunkt, wenn er den Richter geradezu für verpflichtet hält, "angesichts der beschränkten Verarbeitungskapazität der parlamentarischen Legislative ein Vakuum der Gesetzgebung auszufüllen" (ebenda, S. 154). Die Grenze richterlichen Dürfens sieht er erst am "Gebot der rechtsanwendungspolitischen Zurückhaltung". Damit bleibt es aber weitgehend dem Belieben des Richters anheimgestellt, ob er sich im Einzelfall an die Stelle des Gesetzgebers setzen will oder nicht, je nachdem wie dringend ihm der legislative Nachholbedarf erscheint. - Daß den Rechtsanwendungsorganen eine Rechtsfortbildung zum Nachteil des Steuerpflichtigen erlaubt ist, ergibt sich auch nicht aus dem Beschluß des Bundesfinanzhofes vom 20.10.1983 (BB 1984, S. 515). Zwar führt das Gericht aus, das Gebot der Rechtssicherheit schließe in Einzelfällen eine Lückenausfüllung durch steuerverschärfende Analogie nicht aus. Ergebe sich einwandfrei eine Gesetzeslücke und sei aus dem Gesetzeswortlaut oder den Gesetzesmaterialien eindeutig zu entnehmen, mittels welcher Rechtsprinzipien die Lücke im Rahmen gesetzgeberischen Gesamtplans zu schließen sei, so könne die Lücke auch zum Nachteil des Steuerpflichtigen geschlossen werden. Das Vertrauen der Bürger in die bestehende Gesetzeslage werde dadurch nicht in unzulässiger Weise berührt. Der "Wortsinn" eines Gesetzes biete schon deswegen keine hinreichende Grundlage für den Vertrauensschutz, weil innerhalb des möglichen Wortsinns meist mehrere Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kämen. Entscheidender Anknüpfungspunkt für einen etwaigen Vertrauensschutz könne deshalb nur der im Gesetz zum Ausdruck gekommene Sinnzusammenhang - der gesetzgeberische Plan - sein (ebenda, S. 517). Mithin handelt es sich bei dieser Entscheidung rechtsmethodisch um eine Auslegung, nicht um eine unzulässige Analogie zu Lasten des Steuerpflichtigen, die sich über den gesetzgeberischen Willen hinwegsetzt (so explizit die klarstellenden Bemerkungen von Offerhaus (Richter am Bundesfinanzhof), BB 1984, S. 993 ff.; vgl. ferner Crezelius, BB 1984, S. 1377 ff.; Wörner, BB 1984, S. 523 ff.

- Der Wortlaut einer Vorschrift ist vielfach mehrdeutig. Zumeist stößt man auf ausfüllungsbedürftige (unbestimmte) Rechtsbegriffe, deren Konkretisierung kontrovers diskutiert werden kann.
- Eine genaue Rekonstruktion der Entstehungsgeschichte bringt nicht selten Widersprüche und unrichtige Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe an den Tag. Weitgefaßte Formulierungen entpuppen sich als das Resultat interessenmäßiger Kompromisse, welche die Verantwortung den Gerichten übertragen. Nicht zuletzt geschieht es, daß der zunächst maßgebliche Ausgangspunkt einer Novellierung im Laufe des parlamentarischen Verfahrens fallengelassen oder gar vergessen wird und daß es dann zu einer Formulierung kommt, die in sich widersprüchlich erscheint¹⁾.
- Angesichts solcher "Qualität" der gesetzlichen Vorschriften bringen auch die systematische und teleologische Interpretation zumeist keine hinreichende Präzision²⁾.

Dieses methodische "Vakuum" kann unterschiedlich gefüllt werden:

Den Verfechtern eines "strengen" Rechtsstaatsprinzips zufolge ist eine kartellrechtliche Verfügung nur rechtens, falls sie zweifelsfrei vom Gesetzgeber in Gestalt einer eindeutigen Eingriffsermächtigung gewollt ist. Respekt vor der Gewaltenteilung, der Prärogative des Gesetzgebers, Begrenzung der Rechtsanwendungsorgane auf den (lediglich) exekutierenden Vollzug des

1) Beispielhaft verwiesen sei hier auf die Genese des § 22 Abs. 1 Nr. 2 anlässlich der 2. Kartellnovelle von 1973 (vgl. oben S. 60 f.).

2) Illustrativ für die häufige "Unergiebigkeit" der "klassischen" Auslegungsmittel ist u.a. die vormalige Kontroverse um die kartellrechtliche Zulässigkeit von Handelsvertreterbindungen: Während Rittner (ZHR 135, " 289 ff.) mittels der traditionellen Auslegungsmittel zu dem "eindeutigen" Ergebnis kam, Handelsvertreterbindungen fielen grundsätzlich nicht unter die in § 18 GWB vorgesehene Mißbrauchsaufsicht, kamen andere Kartellrechtswissenschaftler trotz des methodisch in sich schlüssigen Ansatzes zu einem anderen Ergebnis. Ausschlaggebend war für sie eine unterschiedliche Bestimmung des mit § 18 verfolgten Zwecks; Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik erwiesen sich nach ihrer Einschätzung als ambivalent (vgl. Ulmer, WuW 1971, 878, 879, Fn. 9a).

Gesetzes sowie Gewährleistung der Rechtssicherheit und Vor-
sehbarkeit des Rechts sind hier die zentralen allgemeinen Aus-
legungsmaximen¹⁾.

Eine solche gesetzes-positivistische Interpretation er-
scheint anderen Autoren als zu eng. Im Wissen um die spezifi-
sche Beschaffenheit der GWB-Normen, die angesichts der notwen-
digen unbestimmten Rechtsbegriffe sowie der parlamentarischen
und interessenbedingten Reibungsverluste - am Ideal des bürger-
lichen Rechtsstaates gemessen - immer "unvollständig" bleiben
müssen, weisen sie den Rechtsanwendungsorganen einen (origi-
nären) Gestaltungsauftrag zu, um das GWB nicht zu einem "Pa-
piertiger" degenerieren zu lassen. Daher wird grundsätzlich
einer "extensiven" Interpretation das Wort geredet, sei es in
der Form einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise oder einer
funktionalen Auslegung, die auf den systematischen Zusammenhang
des GWB mit dem Privatrecht hinweist und die Kartellrechtsnor-
men primär als Begrenzung privatrechtlicher Autonomie im Blick
hat. Dabei wird das Dilemma, in das eine "extensive" Ausle-
gungsmethode angesichts eines klassischen ("puristischen",
"formalen") Rechtsstaatsverständnisses kommt, durchaus gesehen.
Im Konflikt der beiden Prinzipien "Rechtsstaat" versus "Effek-
tivität" wird indes für eine möglichst wirksame Wettbewerbsor-
dnung plädiert, weil nur sie geeignet erscheint, die Funktions-

1) So z.B. Meier, WuW 1983, S. 275 ff.; ferner Rittner, Einfüh-
rung in das GWB, S. 111 ff.; ders. § 22 im Spannungsfeld
wirtschaftswissenschaftlicher Theorien und rechtsstaatlicher
Postulate, S. 251 ff. - Die Forderung nach einer strikten
Bindung und Selbstbegrenzung der Rechtsanwendungsorgane an
die bestehenden Gesetze kann auch mit dem Begriff des "Ge-
setzes-Positivismus" belegt werden. Dieser Begriff ist vor-
liegend wertneutral zu verstehen, nicht als Schimpfwort für
mangelnde Bereitschaft und Fähigkeit zum Fortschritt; denn
die tragenden Prinzipien führen auf die Grundlagen einer
demokratisch verfaßten Gesellschaft zurück und verweisen
letztlich auf das parlamentarische Mehrheitsprinzip einer
freiheitlichen Demokratie. Zu den Grenzen der rechtsprechen-
den Gewalt vgl. auch Kissel (Präsident des BAG), NJW 1982, S.
1777 ff., der recht deutlich für eine Selbstbescheidung der
Judikatur votiert.

bedingungen freiheitlichen Handelns zu garantieren¹⁾.

2. Die Koinzidenz von oligopolistischem Vorverständnis und rechtsstaatlichen Anforderungen in der Literatur

a) Die "Realität des Wirtschaftslebens" und verfassungsrechtliche Bedenken (Knöpfe)

Wie sehr die allgemeine Einschätzung oligopolistischer Marktstrukturen die Auslegung des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs determiniert und zugleich von einem adäquaten Rechtsstaatsverständnis flankiert wird, zeigt recht prägnant die Position von Knöpfe.

Nach seinem allgemeinen Vorverständnis zeigt die Praxis des Wirtschaftslebens, daß der Wettbewerb gerade auf oligopolistischen Märkten seine wichtigsten Funktionen, sprich: die Kontroll- und Anspornfunktionen erfüllt. Auch Großunternehmen, enge Oligopole eingeschlossen, entmachten sich normalerweise gegenseitig, wie ein Blick auf jeden beliebigen Markt (z.B. den Markt für Pkw, Lkw, Autoreifen, Fernseher etc.) belegt. Der häufig vermißte Preiswettbewerb wird als aussagefähiger Indikator verworfen; denn Preissenkungen erscheinen im Zeichen steigender Löhne und sonstiger Kosten sowie ungenügender Gewinne in den meisten Wirtschaftszweigen einzelwirtschaftlich als sinnlos und gesamtwirtschaftlich als nachteilig. Ein solches Verhalten kann nicht Schutzgut des GWB sein. Dies umso weniger als der fehlende Preiswettbewerb durch umso intensiveren Qualitätswettbewerb (Produktgestaltung, Konstruktionsverbesserungen etc.) ausgeglichen wird und ein permanenter technischer Fortschritt

1) Zu den Autoren dieses Lagers ist u.a. Sandrock zu zählen, wie sich insbesondere aus seiner Abhandlung "Die Einheit der Wirtschaftsordnung" ergibt. Eingehend beschäftigt sich der Autor mit den interpretatorischen Konsequenzen des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung und plädiert letztlich für eine wirtschaftliche (tatsächliche) Betrachtungsweise, wobei er freimütig einräumt, sich "auf etwas unsicherem rechtsstaatlichen Boden" (ebenda, S. 53) zu bewegen. In die gleiche Richtung zielt der Beitrag von Ulmer, WuW 1971, S. 878 ff.

wettbewerbspolitisch allgemein für wünschenswert gehalten wird¹⁾.

Angesichts einer solchen Einschätzung des "Wirtschaftslebens" verkommt das normative Tatbestandsmerkmal "wesentlicher Binnenwettbewerb" zur Bedeutungslosigkeit²⁾.

Zugleich werden die Oligopolvorschriften des GWB insgesamt für wenig sinnvoll (unberechtigt) gehalten und ihre Verfassungsmäßigkeit wird in Zweifel gezogen:

Die in § 22 Abs. 2 getroffene Unterscheidung zwischen Binnen- und Außenwettbewerb kann angeblich dazu führen, daß ohne sachlich gerechtfertigten Grund in die wirtschaftliche Freiheit eines Unternehmens eingegriffen wird und zugleich eine Ungleichbehandlung gegenüber jenen Unternehmen erfolgt, die - obwohl keinem stärkeren Wettbewerb ausgesetzt - nicht einer marktbeherrschenden Gruppe zugerechnet werden. Demgemäß wird die Bestimmung des § 22 Abs. 2 in "verfassungskonformer Auslegung" nur auf Unternehmen angewandt, die als Einzelunternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind. Hilfsweise wird zumindest eine äußerste Zurückhaltung bei der Anwendung des § 22 Abs. 2 anstelle von § 22 Abs. 1 für geboten erachtet³⁾.

Auch die Vermutungstatbestände der §§ 22 Abs. 3 Nr. 2, 23a Abs. 2 GWB laufen angeblich dem in der Praxis gegebenen Normalzustand diametral zuwider, da zwischen mehreren Unternehmen normalerweise wesentlicher Wettbewerb besteht. Angesichts der Sachfremdheit dieser Bestimmungen wird auch ihre Verfas-

1) Knöpfle, BB 1983, S. 1421 ff., insb. 1426 f.; so bereits explizit auch in BB 1970, S. 717 ff., insb. S. 721 ff.

2) Vgl. Einzelheiten oben S. 88 ff., insb. S. 97 ff.

3) Knöpfle, BB 1983, S. 1429.

sungsmäßigkeit in Frage gestellt¹⁾.

- b) Die Negierung ökonomischer Macht sowie das klassische (liberale) Rechtsstaatsmodell der Konzeption der Wettbewerbsfreiheit (Hoppmann, von Hayek)

Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf oligopolistisch strukturierten Märkten, allgemeiner: auf Märkten mit wenigen Großunternehmen, kann nicht nur durch einen pragmatischen Verweis auf die "Realität des Wirtschaftslebens" belegt werden. Ein solcher Nachweis kann auch theoretisch erbracht werden, indem das Marktsystem als koordinierender, evolutorischer und gesamtwirtschaftlicher Prozeß begriffen²⁾ und damit zugleich der Begriff der ökonomischen Macht zu einer markttheoretisch (wettbewerbspolitisch) irrelevanten Kategorie dekla-

- 1) Knöpfle, BB 1983, S. 1429. - Knöpfle konstatiert insoweit "Verwirrungen" der Gesetzgebungsorgane, die offenbar keine oder keine zutreffende Vorstellung vom Begriff des Wettbewerbs hatten. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Marktbeherrschungstatbestand des § 22 hat er mit einer gewissen Regelmäßigkeit anlässlich einer jeden Novellierung vorgetragen, wobei in früheren Zeiten vornehmlich auf die unzureichende Klarheit der projektierten Neubestimmung abgehoben wurde und mit den Aspekten der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Rechtsweggarantie argumentiert wurde (vgl. z.B. BB 1970, S. 717 ff., S. 718 f.). In seinem Beitrag mit dem bezeichnenden Titel "Wettbewerbsbeschränkungen durch Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bei Zusammenschlüssen" (JZ 1982, S. 521 ff.) wendet sich Knöpfle gegen die Vorstellung bei der Fusionskontrolle sei - statt auf das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 24) - auf eine Verschlechterung der Marktstruktur abzustellen. Auch hier findet sich der (beinahe obligate) Hinweis, eine solche Fusionskontrolle greife unberechtigt in Freiheit und Eigentum ein und sei daher mit Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG inkompatibel (ebenda, S. 530). - Eine vergleichbare grundsätzliche Attacke gegen den Mißbrauchstatbestand des § 22 hat vor der 4. Kartellrechtsnovelle auch Rittner (§ 22 GWB im Spannungsfeld wirtschaftswissenschaftlicher Theorien und rechtsstaatlicher Postulate) unternommen, indem er einem völligen Verzicht auf die Kontrolle von Marktergebnissen sowie von Behinderungsmißbräuchen das Wort redete und immer wieder die "Grenze des rechtsstaatlich Zulässigen" beschwor.

- 2) Vgl. oben S. 158.

riert wird. Wenn der Wettbewerb selbst als ein permanenter Prozeß der Neubildung und Erosion von Macht definiert wird, signalisieren die Größe eines Unternehmens oder einer hochkonzentrierte Industrie keine Wettbewerbsbeschränkungen, im Gegenteil: "sie kann hochkonzentriert sein, weil sie wettbewerbsfähig ist"¹⁾. Ebensowenig kann die Existenz eines großen Handlungsspielraums (etwa in Form der Preisbestimmungsmacht) für sich genommen nicht als ein Indiz für die Beschränkung des Wettbewerbs verstanden werden; auch hier ist mit dem Gegenteil zu rechnen: Ein großer Handlungsspielraum kann durchaus "ein Anzeichen dafür sein, daß der Wettbewerb sehr wirksam und intensiv ist"²⁾.

Die Theorie der Wettbewerbsfreiheit, die mit der Gleichsetzung von Marktprozeß, jeglichem Unternehmerverhalten und Wettbewerb zugleich Abschied nimmt von der Priorität des Preiswettbewerbs³⁾ und die überdies mit dem Argument, es gebe keine erfahrungswissenschaftliche Theorie, mittels derer ein wettbewerbswidriges Verhalten bzw. Marktergebnis exakt zu bestimmen sei, die gesetzliche Konzeption der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich in Frage stellt⁴⁾, ist eingebettet in eine gesellschaftspolitische/sozialphilosophische Gesamtkonzeption, die insbesondere von v. Hayek, auf den sich Hoppmann immer wieder bezieht, entwickelt worden ist⁵⁾. In Affinität zu den Ideen des klassischen Liberalismus des vorigen Jahrhunderts, der von einem prinzipiellen Dualismus

1) Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 12.

2) Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, S. 18; zur Verbannung der Kategorie der ökonomischen Macht aus der Theorie der Wettbewerbsfreiheit vgl. im einzelnen oben S. 160 ff.

3) Vgl. oben S. 161 ff.

4) Vgl. oben S. 173 ff.

5) Vgl. hierzu im einzelnen den umfassenden Beitrag von Gotthold, Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie, ZHR 1981, S. 287 ff.; ders., Kritische Anmerkungen zum heutigen neoliberalen Konzept von Wettbewerbsfreiheit und Fusionsverbot, WRP 1974, S. 602 ff., sowie die sich anschließende Kontroverse zwischen Gotthold und Möschel in ZHR 145, S. 590 ff. sowie ZHR 146, S. 55 ff.

von Staat und Gesellschaft ausging, und um dem Staat grundsätzlich Eingriffe in die prästabilisierte Harmonie des sich selbst regulierenden Marktes untersagte, wird der Freiheitsbegriff weitgehend als negatorischer Begriff verstanden, der sich vornehmlich gegen staatliche Willkür richtet. So wird von Hoppmann die wichtigste Kategorie der Wettbewerbsbeschränkung nicht in privaten, von Unternehmen praktizierten Verhaltensweisen erblickt. Die gravierendsten Beeinträchtigungen des Wettbewerbs werden vielmehr hoheitlich verordnet; sie sind staatlichen Ursprungs, und daraus folgt: "Die wichtigste Möglichkeit, das Machtproblem zu lösen, wäre das Unterlassen staatlicher Maßnahmen zur Wettbewerbsverhinderung. Für eine spezielle Wettbewerbspolitik gibt es dann nicht mehr so viel zu tun¹⁾."

- 1) Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerbs, S. 18. - Auf der gleichen Linie liegt es, wenn Hoppmann in seiner Schrift "Fusionskontrolle" schreibt, die theoretische Vernachlässigung der staatlich verursachten Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber den von Marktteilnehmern ausgehenden scheine sich reziprok zu ihrer praktischen Bedeutung zu verhalten (S. 26). Daher ist die These von Gotthold, Hoppmanns Konzeption bedeute eine fast völlige wettbewerbspolitische Enthaltensamkeit und laufe letztlich auf eine laissez-faire-Politik hinaus (ZHR 145, S. 286 ff. (320)), nicht unbegründet. Bestätigt wird die These des weiteren durch die Inhaltsleere der als systemkonform offerierten Alternativen (vgl. oben S. 173 ff.) sowie durch die Tatsache, daß Hoppmann mittlerweile explizit von der Vorstellung eines per se-Verbotes für Unternehmenszusammenschlüsse (vgl. Fusionskontrolle, S. 60 ff., 88 ff.) abgerückt ist, schreibt er doch in seinem späteren Beitrag "Das Konzept ist eine Fehlkonzeption" (Wirtschaftswoche 1981, S. 66): "Unternehmenszusammenschlüsse sind wettbewerbspolitisch eigentlich unbedenklich. Es handelt sich um einen normalen Marktvorgang, und zwar Markt für unternehmensgebundene Ressourcen, durch den diese unter eine andere Unternehmensleitung geraten. Ob die so entstehenden Unternehmensformen, -größen oder -kombinationen effizienter sind, wird dann durch den Selektionsprozeß des Marktes entschieden. Eine generelle administrative Kontrolle von Zusammenschlüssen ist deshalb ein dirigistischer Eingriff in den Marktprozeß, bei dem vorausgesetzt wird, daß derjenige, der diesen Eingriff vornimmt, es besser weiß als der Markt. Insofern sind nicht Fusionen, sondern es ist eine generelle Fusionskontrolle wettbewerbspolitisch bedenklich". - Angesichts solcher Aussagen überzeugt es wenig, wenn Möschel - gleichsam zur "Ehrenrettung" von Hoppmann - den von Gotthold erhobenen Vorwurf des laissez-faire als unbegründet zurückweist (ZHR 1981, S. 592). Sicherlich trifft es zu, daß die Funktion der hoheitlich veranlaßten Wettbewerbsbeschränkungen in den letzten Jahren zunehmend problematisiert worden ist, weil diese Perspektive in der wettbewerbstheoretischen wie -rechtlichen Diskussion der letzten Jahrzehnte etwas vernachlässigt worden ist, die Ausdehnung des hoheitlichen

Soweit das Marktsystem (ausnahmsweise) gegen private Wettbewerbsbeschränkungen zu schützen ist, fordert Hoppmann - unter Berufung auf von Hayek die Kodifizierung adäquater "Spielregeln" (Gesetze), die folgende Merkmale erfüllen müssen¹⁾: (a) Die Rechtsregeln müssen auf alle Unternehmen gleichermaßen anwendbar sein²⁾. (b) Sie dürfen ferner keine partikularen Einzelumstände reflektieren und keine speziellen Handlungsziele beinhalten (Prinzip der Abstraktheit des Gesetzes). (c) Schließlich müssen die Normen den Erfordernissen der Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit genügen; in den Worten von Hoppmann: "Die Handlungen, die sie verbieten, dürfen nur von Umständen abhängen, die zu wissen oder feststellen zu können von den Betroffenen erwartet werden kann; der Bereich der Entscheidung des einzelnen kann nicht von nicht voraussehbaren entfernten Folgen seines Handelns abhängig gemacht werden; von den voraussehbaren Folgen haben die Regeln diejenigen herauszuheben, die in Betracht gezogen werden müssen, so daß sich aus der Regel klar ergibt, wofür man verantwortlich gemacht werden kann"³⁾.

Dank eines solch ' "rigiden" Rechtsstaatsverständnisses müssen zahlreiche Vorschriften des GWB, unabhängig von ihrer wettbewerbstheoretisch verfehlten Fundierung, verfassungswidrig sein. Insbesondere die Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen widersprechen angeblich dem rechtsstaatlich gebotenen Bestimmtheitsgrundsatz, der für hoheitliche Eingriffser-

noch zu S. 317 Fn. 1:

Interventionsbereiches bestimmte Probleme hat virulent werden lassen, und schließlich hoheitliche Wettbewerbsbeschränkungen am ehesten einer dauerhafte Absicherung gegen erodierende Entwicklungen garantieren. Gleichwohl wird die Position von Hoppmann unzutreffend umschrieben, wenn es heißt, auch ihm ginge es um eine gleichgewichtige Sanktionierung der hoheitlichen wie der privat autonom veranlaßten Wettbewerbsbeschränkungen.

- 1) Vgl. zum folgenden insb. Fusionskontrolle, S. 68 f. sowie S. 77 ff.
- 2) Dieses Gleichheitspostulat hat Hoppmann vormalig zu der Überlegung geführt, ob nicht alle Fusionen ab einer bestimmten Größenordnung per se (generell) zu verbieten seien.
- 3) Hoppmann, Fusionskontrolle, S. 68 f.

mächtigungen gilt; sie führen zur Herrschaft einer nach freiem Ermessen handelnden (wertenden) Kartellbehörde, und verletzen insbesondere den Vertrauensschutz der Marktteilnehmer. "Marktbeherrschung ist kein Tatbestand, der rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechend so definiert werden kann, daß ein Unternehmen vorher wissen könnte, ob es in den Kreis der zu kontrollierenden Unternehmen gehört oder nicht"¹⁾.

Letztlich wird mit solchen Anforderungen an den Erlaß "adäquater Spielregeln" rekurriert auf den Gesetzesbegriff des liberalen Rechtsstaates des vorigen Jahrhunderts, der durch die sozialökonomische Entwicklung weitgehend, jedenfalls in seiner idealtypischen Ausprägung, obsolet geworden ist. Ein gleichermaßen anwendbares Gesetz kann nur dann eine freiheitssichernde Funktion entfalten, wenn sich die Normadressaten auch tatsächlich in etwa in vergleichbarer Position befinden. Wettbewerbliche per-se-Regeln, die nicht zur Kenntnis nehmen, daß die gegenwärtige Wirtschaft von Großunternehmen durchsetzt ist und nicht nur aus kleineren bis mittleren Unternehmen besteht, schreiben die faktische Ungleichheit fest²⁾.

Auch von den strengen Anforderungen, welche Hoppmann an das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (sowie seine Konnotationen "Vertrauensschutz" und "Rechtssicherheit") stellt, hat die herrschende Verfassungs- und Verwaltungslehre seit geraumer Zeit Abschied genommen. Die Verwaltung wird nicht mehr einem möglichst weitgehenden Gesetzesvorbehalt unterstellt, ist nicht mehr bloßer Exekutor des gesetzgeberischen Willens, sondern handelt mit einem mehr oder weniger großen (originären) Gestaltungsbereich. Weitgehend wird akzeptiert, daß sich die gestaltende Verwaltung im Rahmen der ihr vorgegebenen Ziele selbst programmiert, insoweit mithin quasi gesetzliche Funktionen übernimmt. Insbesondere im Wirtschaftsverwaltungsrecht, dem auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

1) Hoppmann, Wirtschaftsdienst 1974, S. 389 ff. (390).

2) Bereits die Ordoliberalen haben diesen Unterschied zwischen formaler und realer Freiheit stets betont. Vgl. im einzelnen hier statt vieler Gotthold, WRP 1974, S. 602 ff., S. 162 f.; ders. ZHR 145, S. 286 ff. (291 ff.).

zuzuordnen ist, ist das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in seiner ursprünglichen Version erheblich relativiert; von einer strengen Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes wird ausdrücklich abgesehen¹⁾.

c) Die Konzeption des oligopolistischen Gefährdungstatbestandes, das differenzierte (funktionale) Methodenverständnis sowie das "moderate" Rechtsstaatsverständnis der Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen

Die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen ist sich darüber im klaren, daß wettbewerbliche und nichtwettbewerbliche Marktprozesse nicht exakt voneinander geschieden werden können²⁾. Trotz dieses "Erkenntnisdilemmas" bekennt sie sich nicht zu einer Politik des laissez-faire. Ausgehend von dem zentralen kartellrechtlichen Ziel; die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer zu gewährleisten und gegen "endogene Pervertierung"³⁾ zu schützen, überwindet sie das erkenntnistheoretische und -praktische Problem, indem sie an Gefährdungstatbestände anknüpft, nicht an die Feststellung konkreter wirtschaftlicher Wirkungen als Folge von Marktstrukturen und Marktverhaltensweisen⁴⁾.

1) Vgl. die obigen Nachweise aus der Verfassungsjudikatur, S. 303. Verfassungswidrige Bedenken gegen den Mißbrauchstatbestand mit Rücksicht auf eine mangelnde Bestimmtheit der Ermächtigungsvorschrift werden dann auch, soweit ersichtlich, nur von Hoppmann vorgetragen; die Monita von Ipsen (vgl. oben S. 302) und Knöpfe (vgl. oben S. 314) sind verfassungsrechtlich anders ausgewiesen. Die Verfassungskonformität der Kartellrechtsvorschriften ist denn auch von der Judikatur niemals in Zweifel gezogen worden. Lediglich in der Polyester-Entscheidung des BGH (BB 1975, S. 711) heißt es klarstellend, daß der Gesetzgeber in den Vorschriften der §§ 37a Abs. 2, 26 Abs. 2 die Eingriffsvoraussetzungen hinreichend bestimmt und nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörden überlassen habe.

2) Vgl. oben S. 130 ff.

3) Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 3.

4) Möschel, Wettbewerb im Schnittpunkt, S. 341; ders., Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest, S. 431.

Bezogen auf die wettbewerbspolitische Einschätzung von Oligopolstrukturen bedeutet das:¹⁾

Die Existenz relativ stabiler Machtstellungen ist mit der Gefahr verbunden, zu Refeudalisierungen innerhalb einer Privatrechtsgesellschaft zu führen. Tangiert werden kann ferner die Fähigkeit des Staates, eine autonome, von den Interessen der Inhaber solcher privater Machtstellungen abweichende Politik zu betreiben²⁾.

Im Hinblick auf die privaten Marktteilnehmer gehen von verkrusteten Marktstrukturen mehrfache Gefahren aus:

1) Die folgende Rekonstruktion nimmt vornehmlich Bezug auf den Beitrag von Möschel, Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest, S. 432 ff.; ebenda skizziert der Autor die wettbewerbspolitische Unerwünschtheit enger Oligopole. Da es sich ohnehin lediglich um "Annäherungsaussagen" handelt, können die Ausführungen schlechthin auf oligopolistisch strukturierte Märkte, noch allgemeiner: auf Märkte mit wenigen Großunternehmen, bezogen werden, Daß eine solche generalisierende Betrachtung die grundsätzliche "Skepsis" der Repräsentanten der Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen nicht verfälscht, wird deutlich an den vergleichbaren Grundaussagen von Möschel im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle (Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 449 ff.). Abgerundet wird das erkenntnisleitende Interesse und allgemeine Vorverständnis durch die Position von Mestmäcker, bei dem Möschel in die "Schule gegangen" ist und der ebenfalls als ein Vertreter der Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen angesehen werden kann.

2) Möschel, Das Oligopol als Glaubwürdigkeitstest, S. 432. Beispielhaft wird in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit von Großunternehmen verwiesen, eine staatliche Globalsteuerung zu konterkarieren, indem auf Nachfragerückgänge schlecht mit Preissteigerungen reagiert wird. In solchen Reaktionen wurden zu Anfang der 70er Jahre vielfach Mitursachen der sog. Stagflation erblickt. Gegenwärtig sind solche Preisauftriebstendenzen in der BRD nicht festzustellen; die Preissteigerungsrate ist ausgesprochen niedrig. Unabhängig davon kann gemutmaßt werden, daß Möschel den Aspekt der makroökonomischen Einflußnahme von Großunternehmen auf die staatliche Wirtschaftspolitik nicht mehr so betonen wird.

Die Erfahrungen zeigen, daß mit abnehmender Anbieterzahl die wettbewerblichen Risiken infolge der Reaktionsverbundenheit der beteiligten Unternehmen faktisch oder durch Absprachen gemildert und sogar ausgeschlossen werden¹⁾. Bei weitgehendem Ausschluß des Preiswettbewerbs setzt sich der Kampf um höhere Marktanteile unter Einsatz anderer Wettbewerbsmittel fort. Der Nicht-Preiswettbewerb im Oligopol kann zu "Kostenaufblähungen" führen und tendiert insbesondere in Gestalt werblicher Produktdifferenzierungen dazu, die Marktzutrittsschranken zu erhöhen und den Wettbewerb im Außenverhältnis weiter zu beschränken²⁾.

Die These von einer technologischen und innovatorischen Überlegenheit von Großunternehmen läßt sich in ihrer allgemeinen Gültigkeit nicht aufrechterhalten, und daher enthält eine Wettbewerbspolitik, die sich an solcher Zielsetzung orientiert, zu viele Spekulationselemente. Ihre Fehlerwahrscheinlichkeit wäre zu groß, als daß sie einem Gesetzgeber als generelle Leitlinie guten Gewissens empfohlen werden könnte. Dies gilt umso weniger, da der GWB-Gesetzgeber vornehmlich an einem Schutz wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten und damit einer Vielzahl autonomer Wirtschaftssubjekte interessiert ist und ökonomischen Zielsetzungen demgegenüber ein geringeres Gewicht beimißt³⁾.

Vergleichbares ist zur These von der Notwendigkeit hoher Unternehmenskonzentrationen mit Rücksicht auf nur so erreichbare Massenproduktionsvorteile (economies of scale) zu sagen. Ungeachtet der kontroversen Diskussion ist auch hier letztlich zu entscheiden, daß ökonomische Effizienzvorstellungen durch den primären Schutzzweck der Wettbewerbsfreiheit relativiert werden und der Gesetzgeber überdies bei konkreten Zielkonflik-

1) Vgl. Möschel, Das Oligopol als Glaubwürdigkeit, S. 433; ferner Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, vor § 23, Rdnr. 3.

2) Vgl. ebenda.

3) Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 455 f. Ergänzend wird darauf hingewiesen, daß im Einzelfall ein Zielkonflikt durchaus im Rahmen der Ministererlaubnis hinreichend berücksichtigt werden kann.

ten Ausnahmeregelungen treffen kann¹⁾.

Rechtsmethodisch präsentiert sich die Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen (jedenfalls in der Version von Möschel) als ausgesprochen differenziert. Im Wissen um die Abgabe von Werturteilen innerhalb fließender Übergänge und unter Berücksichtigung der Eigengesetzlichkeiten der kartellrechtlichen Rechtsanwendung²⁾ werden hinsichtlich der einzelnen Kartellrechtstatbestände Interpretationsvorschläge offeriert, die durchgängig - im Hinblick auf die allgemeinen und speziellen Wertungen des Gesetzgebers, die Geschlossenheit der Wertungen, die Praktikabilität, Justitiabilität und Zwecktauglichkeit - als sinnfällig zu bezeichnen sind³⁾. Daß im Detail beispielsweise auch in der Bestimmung des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 1, mit "guten Argumenten" eine abweichende Position bezogen werden kann⁴⁾, steht einem solchen positiven "Gesamtprädikat" nicht entgegen, wird doch die Möglichkeit von Zielkonflikten zwischen den einzelnen Sinnfälligkeitskriterien gesehen, die eine normative Entscheidung darüber erforderlich macht, welchem Kriterium der höhere Rang einzuräumen ist⁵⁾.

1) Möschel, Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeit, S. 434 f.; ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 456 f.

2) Vgl. oben S. 131 ff.

3) Vgl. zu den Sinnfälligkeitskriterien, Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 7 f.

4) Zur Kritik an Möschel vgl. oben S. 143 ff.

5) Möschel lehnt die Parametertheorie bei marktbeherrschenden Einzelunternehmen augenscheinlich mit Rücksicht auf seine prinzipiellen Bedenken gegenüber Marktergebnis-, insbesondere Preiskontrollen ab. Unter dem Aspekt der Geschlossenheit der Wertungen ist eine solche Position zweifellos stringent, sie konkurriert jedoch mit der gesetzlichen Wertung (Zulässigkeit von Preiskontrollen) und möglicherweise auch mit dem Aspekt der Effektivität (vgl. oben S. 143). Bei der "gegenteiligten" Bestimmung des marktbeherrschenden Oligopols läßt sich der Autor letztlich von der Erwägung leiten, daß andernfalls eine Mißbrauchsaufsicht vollkommen ausgeschlossen würde. Überdies wird auch im Rahmen des § 22 Abs. 2 die Parameter-Theorie nicht strikt befürwortet. Offengehalten werden soll die Einsicht, daß im Oligopolatbestand wegen dessen typischer Tendenz zur Verhaltenskonformität die Frage des wesentlichen Wettbewerbs sich anders stellt als beim Tatbestand des § 22 Abs. 1 S. 1 (vgl. oben S. 141).

Rechtsstaatliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit einzelner GWB-Normen sind niemals angemeldet worden¹⁾. Das spezifische Methoden-Problem, das sich unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten einer Auslegung der Kartellrechtsnormen stellt, wird nicht ausgetragen. Zwar wird auf die aus den unterschiedlichen Verfahrensarten resultierenden Begrenzungen der Rechtsanwendung hingewiesen²⁾. Hinter zahlreichen Einzelkommentierungen steht indes unverkennbar die allgemeine Lösung, sich vornehmlich an Zwecken und Funktionszusammenhängen zu orientieren und sich nicht an Wortlaut und Entstehungsgeschichte zu klammern³⁾. Explizit wird die Ansicht zurückgewiesen, Kartelltatbestände wie Eingriffstatbestände des Verwaltungsrechts und nicht wie Zivilgesetze auszulegen.. Ein solches (restriktives) Postulat verkennt nach Möschel, daß das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen im Kern Privatrecht ist und insoweit die privatrechtsimmanenten Schranken realisiert, als es Sorge dafür trägt, daß die Marktteilnehmer nicht unter Berufung auf Freiheitsrechte die Funktionsbedingungen der Privatautonomie zer-

- 1) Zur Zurückweisung der verfassungsrechtlichen Bedenken, wie sie namentlich unter Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegen die Vermutungsregeln des § 22 Abs. 3 vorgetragen worden sind, vgl. Möschel, Der Oligopolmißbrauch, S. 177 ff. Ebenda (S. 179) wird einmal mehr differenzierend ausgeführt, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit sei nach den einzelnen Grundrechten sowie innerhalb eines Grundrechts nach der Eigenart des Regelungsgegenstandes abstufbar. Ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit sei beispielsweise anders zu behandeln als eine wirtschaftslenkende Maßnahme im Bereich der Währungspolitik.
- 2) Vgl. oben S. 134; ergänzend Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 79.
- 3) So u.a. der Vorwurf, den Möschel dem BGH anlässlich der Teerfarben-Entscheidung gemacht hat; vgl. Möschel 70 Jahre deutsche Kartellpolitik, S. 24 ff.; ferner, Der Oligopolmißbrauch, S. 144 f., S. 182.

stören¹⁾.

d) Die Disfunktionalität des Marktsystems sowie das Sozialstaatsprinzip als (gesetzeserweiternder) Interpretationsmaßstab (Reich)

Während die Überlegungen der vorstehenden Autoren allesamt im vorgegebenen Rahmen des marktwirtschaftlichen Systems bleiben, geht die Theorie vom Verbraucherschutz in der Version von Reich davon aus, daß die Wirklichkeit spätkapitalistischer Wirtschaftssysteme sich nicht mehr einem Modell fügt, in dem das Marktprinzip als dezentraler Steuerungs- und Lenkungsmechanismus funktioniert, und der Staat sich tendenziell eines jeglichen Eingriffs in das Wirtschaftsgeschehen zu enthalten hat. Die Genese sowie der Ausbau des staatlichen Interventionismus (Fiskal- und Geldpolitik, Steuerpolitik, Struktur- und Subventionspolitik etc.) werden als eine grundsätzlich irreversible,

1) Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 81, S. 2 ff. - Das gleiche Methodenverständnis findet sich bei Immenga und Mestmäcker, die ebenfalls der Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen zuzuordnen sind. Auch sie betonen den engen funktionalen Zusammenhang des GWB mit dem Privatrecht: "Wettbewerbsbeschränkendes Handeln ist ebenso wie das rechtmäßige Handeln im Wettbewerb stets privatrechtliches Handeln. Dem entspricht es, daß das GWB nur auf Wettbewerbsverhältnisse Anwendung findet, die auf der Ebene des Privatrechts liegen. Wettbewerbsbeschränkungen werden überwiegend unter Inanspruchnahme der Privatautonomie und in den Rechtsformen des Privatrechts verwirklicht" (Einleitung Rdnr. 21). Trotz weitreichender privatrechtsgestaltender Kompetenzen der Kartellbehörden unterliegt das GWB auch nach ihrer Ansicht keinen interpretatorischen Eigengesetzlichkeiten (ebenda, Rdnr. 26). - Andererseits befaßt sich Tiedemann in dem Kommentar (vor §§ 38, 39 Rdnr. 27) mit der Frage der Auslegung und Analogie, und zwar für den Anwendungsbereich der Ordnungswidrigkeiten der §§ 38 ff. Ebenda wird unter Bezugnahme auf Art. 103 Abs. 2 für eine restriktive Interpretation der Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts votiert. Immenga und Mestmäcker gehen auf dieses Spannungsverhältnis nicht im einzelnen ein, so daß das interpretatorische Dilemma in der Kommentierung letztlich offen bleibt. Vgl. im einzelnen hierzu Raisch in seiner Rezensionabhandlung zum Kommentar, ZHR 145, S. 346 ff., (354 ff.).

durch die Funktionsdefizite des Marktes selbst hervorgerufene Entwicklung begriffen¹⁾.

Auch ein autonomes Marktsystem, in dem der Wettbewerb über die Allokation der Produktionsfaktoren, über die Einkommensverteilung, die Anpassung von Produktion und Nachfrage sowie das Wachstum und technischen Fortschritt entscheidet, existiert angeblich nicht mehr. Folgt mach Reich, dann wird der Markt durch Oligopolunternehmen i.S. ihrer strategischen Zielsetzungen instrumentalisiert; Wettbewerb und Marktergebnisse sind für diese Unternehmen keine heteronomen Daten, sondern durch die eigenen Aktivitäten beeinflussbare Variablen. Die Modellabläufe der klassischen Wettbewerbstheorie würden außer Kraft gesetzt durch ein System "privatadministrierter Preise", in dem die Oligopolunternehmen ihre Preise auch bei Nachfragerückgängen erhöhten. Vergleichbares wird für das Investitionsverhalten von Oligopolunternehmen konstatiert. Bei langfristiger Planung würden Investitionen auch dann vorgenommen, wenn an sich aufgrund einer Momentanalyse des Marktes mit einem Rückgang der Investitionen zu rechnen sei.

Angesichts dieses großen, wenn auch nicht vollständig unabhängigen Verhaltensspielraums sei das gegenwärtige Wirtschaftssystem in kapitalistischen Gesellschaften zweigespalten: Einerseits existiere ein Marktsystem das die kleineren und mittleren Unternehmen lediglich auf Änderungen der Marktkonstellationen reagieren lasse. Zugleich existiere ein Wirtschaftssystem, das der Planung der oligopolistischen Unternehmensstrategie unterworfen sei²⁾.

Ein solches markt- und staatstheoretisches Vorverständnis, demzufolge Markt und Wettbewerb die Entscheidungen über den Einsatz von Kapital und Arbeit nicht mehr optimal leisten, spricht sich für eine Intensivierung und Koordinierung der

1) Zur staatstheoretischen Grundlegung vgl. Markt und Recht, S. 56 ff., sowie BB 1973, S. 1449 ff.

2) Vgl. die Zusammenfassung in Markt und Recht, S. 126 f.

indirekten und direkten Wirtschaftspolitik aus¹⁾.

Verfassungsrechtlich beruft sich Reich immer wieder auf das Sozialstaatsgebot, das nach seiner Meinung eine aktive (staatliche) Gestaltung der Marktverhältnisse erlaube, zumal das Grundgesetz wirtschaftspolitisch offen sei²⁾.

Auch seine (marktkompensatorische) Konzeption des Verbraucherrechts legitimiert sich verfassungsrechtlich mit dem Sozialstaatsprinzip³⁾, wiewohl zugestanden wird, daß andere Grundrechte (das Rechtsstaatsprinzip, der Verhältnismäßigkeits- sowie der Gleichheitsgrundsatz) von ihrem Ausgangspunkt her defensiv angelegt sind und den Staat tendenziell auf eine reaktive Wirtschaftspolitik zur Beseitigung bereits eingetretener Krisen festlegen⁴⁾.

Demgemäß wird die hypothetische Einbeziehung des Verbraucherschutzesgedankens in das Kartellrecht anlässlich der Novellierung von 1973 letztlich auch als eine Konkretisierung des Sozialstaatsgebotes interpretiert⁵⁾.

Daß die ordnungspolitische Konzeption des GWB (auch) 1973 unverändert geblieben ist, der Gedanke eines (unmittelba-

1) Vgl. hierzu insb. BB 1973, S. 1449 ff.; ZRP 1976, S. 67 ff.; Markt und Recht, S. 125 ff. - Zur Diskussion gestellt wird insbesondere eine Investitionskontrolle, wie sie zu Beginn der 70er Jahre auch in Kreisen der SPD diskutiert worden ist. Reich muß konzedieren, daß der Ausbau der Planung und Koordinierung aller wichtigen privaten Investitionsentscheidungen unter sektoralen und regionalen Gesichtspunkten eine Änderung marktwirtschaftlicher Prinzipien bedeutet, die er freilich verfassungsrechtlich nicht für festgeschrieben hält (BB 1973, S. 1456). In den letzten Jahren hat sich Reich zu diesem Themenbereich nicht mehr geäußert. Daher kann nur darüber spekuliert werden, ob er seine Position, die nachweisbar von dem allgemeinen "Reformgeist" der SPD zu Beginn der 70er Jahre beinflußt worden ist, auch heute noch aufrechterhält.

2) Vgl. im einzelnen Markt und Recht, S. 88 ff.

3) Verbraucher und Recht, S. 23 f.

4) Vgl. Markt und Recht, S. 116.

5) Verbraucher und Recht, S. 33.

ren) Verbraucherschutzes mithin keinen Eingang in das Gesetz gefunden hat, wurde bereits aufgezeigt¹⁾. Ebenso wurde dargelegt, daß die konkrete Bestimmung des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs²⁾ mehr einem rechtspolitischen Kalkül denn einer dogmatisch zulässigen Interpretation gleichkommt³⁾. Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips formuliert: Die extensive Begriffsbestimmung negiert gleichermaßen die Bindung der Rechtsanwendungsorgane an "Gesetz und Recht" (das Gewaltenteilungsprinzip) wie den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (des Gesetzesvorbehaltes bei Eingriffsermächtigungen) und verletzt damit zugleich die Rechtssicherheit und den Vertrauensschutz. Diese Kautelen können auch nicht durch eine Instrumentalisierung des Sozialstaatsprinzips zu einer besonderen Auslegungsmethode außer Kraft gesetzt werden. Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes enthält infolge seiner Weite und Unbestimmtheit regelmäßig keine unmittelbaren Handlungsweisungen, die durch die Gerichte ohne gesetzliche Grundlage in einfaches Recht umgesetzt werden können; es zu verwirklichen ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers. Daher vermag sich eine richterliche Rechtsfortbildung, die für den Bereich des Privatrechts allgemein anerkannt und bereits vielfach praktiziert worden ist (z.B. im Bereich der Produkthaftung, vormals im AGB-Bereich), nicht allein mit einem Hinweis auf dieses Prinzip zu legitimieren⁴⁾. Umso weniger kommt das Sozialstaatsprinzip als korrigierende Auslegungsmethode in Betracht, wenn die Prämissen einer solchen gesetzesvertretenden Gestaltung augenscheinlich fehlen (keine wesentliche Veränderung der sozialökonomischen Verhältnisse) und nicht das Privatrecht, son-

1) Vgl. oben S. 122 ff.

2) Vgl. oben S. 120 f.

3) Vgl. oben S. 127 ff.

4) Vgl. BVerfGW 1, S. 97 ff., 105; aus jüngster Zeit BVerfGE, BB 1984, S. 141 ff. ("Sozialplanforderungen im Konkurs").

dern das öffentliche Recht der Eingriffsverwaltung zur Disposition steht¹⁾.

3. Das unterschiedliche Methodenverständnis der Rechtsanwendungsorgane

a) Die "gestaltende" Rechtsanwendung des Kartellamtes

Obwohl bis Ende 1972 kein Verfahren wegen Oligopolmißbrauchs vom Kartellamt zu Ende geführt wurde, zeichnete sich bereits zu dieser Zeit eine allgemeine Skepsis gegenüber der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf Oligopolmärkten ab²⁾. Bei diesem "kritischen" Vorverständnis ist es in den folgenden Jahren geblieben; lediglich die Gefährdungselemente, die mit oligopolistisch strukturierten Märkten, allgemeiner: "vermachteten" Märkten, auf denen nur wenige Großunternehmen tätig waren, assoziiert wurden, variierten je nach gesamtwirtschaftlicher Lage:

1) Zur letztlich unzulässigen richterlichen Rechtsfortbildung im Kartellrecht schreibt der vormalige Präsident des BGH im Hinblick auf das vielfach gescholtene Teerfarben-Urteil (ZGR 1978, S. 235 ff., 237 f.): "Die Kartellgerichte und namentlich der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes dürfen in Bereichen, in denen der Gesetzgeber rechtspolitische Erwägungen anstellt, nicht ihrerseits versuchen, durch rechtsfortbildende Entscheidungen vollendete Tatsachen zu schaffen. Sie müssen die Prärogative des Gesetzgebers, sofern er tätig werden will, achten und ihm durch eine entsprechende Gesetzesauslegung dartun, wie der derzeitige Gesetzeszustand ist. Hier liegt der Grund für die im Schrifttum vielfach beklagte, zuweilen auch getadelte Zurückhaltung des Kartellsenats bei der Auslegung kartellrechtlicher Vorschriften. Hinzu kommt in diesem Zusammenhang noch ein Weiteres. Für die richterliche Rechtsfortbildung ist das Alter der anzuwendenden Gesetze von wesentlicher Bedeutung; bei Gesetzen aus jüngster Vergangenheit ist insoweit eine sehr viel größere Zurückhaltung geboten als etwa bei den großen Privatrechtskodifikationen, die noch aus dem vorigen Jahrhundert stammen".

2) Vgl. oben S. 183 ff.

Angesichts der erheblichen Preisauftriebstendenzen in der ersten Hälfte der 70er Jahre stand die Problematik "privat-administrierter Preise" im Vordergrund der Betrachtung; eine Gefährdung des marktwirtschaftlichen Systems wurde vornehmlich darin erblickt, daß Großunternehmen dank ihrer Preisgestaltungsmacht gleichermaßen die Abnehmer "ausbeuteten" wie sie die staatliche Wirtschaftspolitik unterliefen¹⁾. Demgemäß stand bis zur Mitte der 70er Jahre - neben der Fusionskontrolle - die Mißbrauchsaufsicht über die Preise marktbeherrschender Unternehmen im Vordergrund des Interesses.

Mit zunehmender Veränderung der gesamtwirtschaftlichen Lage in der zweiten Hälfte der 70er Jahre (in Stichworten: geringe Preissteigerungsraten angesichts der konjunkturellen Entwicklung, Preisdämpfungstendenzen infolge einer erhöhten Wirksamkeit der ausländischen Konkurrenz, statt dessen stagnierende Märkte, beschleuniger Strukturwandel und strukturell bedingte Arbeitsmarktprobleme) verlagerten sich die Akzente der kartellamtlichen Mißbrauchsaufsicht auf die Bekämpfung marktstrukturverschlechternder Behinderungsstrategien²⁾. Das Gefährdungspotential marktbeherrschender Unternehmen wurde nunmehr - neben einer nach wie vor aktuellen Verschlechterung der Marktstrukturen infolge von Fusionen - vornehmlich in einer Zementierung der Marktstrukturen mittels leistungsfremder Absatzmethoden erblickt; insoweit wurde die Mißbrauchsaufsicht vornehmlich instrumentalisiert, um "den Restwettbewerb zu erhalten und die Ausweitung irreparabler Strukturschäden schon im

1) Vgl. oben S. 202 ff.

2) Vgl. oben S. 241 ff.

Ansatz zu verhindern¹⁾).

Ungeachtet solcher allgemeinen Einschätzungen und Akzentverschiebungen im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht wurden insbesondere zwei Märkte aufgrund ihrer institutionellen Besonderheiten wettbewerblich als besonders gefährdet angesehen: der Arzneimittelmarkt dank der Dreiteilung der Nachfrage in verschreibende Ärzte, verbrauchende Patienten und zahlende Krankenkassen²⁾ sowie der Markt für Mineralölerzeugnisse, der durch eine starke vertikale und horizontale Integration, durch hohe Marktanteile der sieben größten Unternehmen sowie durch eine weitgehende Homogenität der Produkte gekennzeichnet ist³⁾.

Die Preismißbrauchsverfahren im Mineralölbereich wurden zumeist durch "außergewöhnliche Krisensituationen"⁴⁾ ausgelöst und die Mißbrauchsverfügungen gegen die Arzneimittelhersteller

1) TB 1979/80, S. 29; vgl. ferner oben S. 248 ff. - In weitgehender Affinität zur Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen, die Oligopolstatbestände bekanntlich als Gefährdungstatbestände begreift, (vgl. oben S. 248 ff.), heißt es in dem soeben zitierten TB: "Infolge des hohen Maßes an Marktmacht, das ein Normadressat des § 22 Abs. 2 besitzen muß, ist der Wettbewerb allein schon aufgrund der Anwesenheit des Marktbeherrschers geschwächt. Bei einer solchen Marktposition kann der Einsatz leistungsfremder Wettbewerbsmittel, die auf Wettbewerbsmärkten unbedenklich sein können, zu einer weiteren Verschlechterung der Marktstrukturen führen. Als leistungsfremd sind dabei nicht nur solche Maßnahmen anzusehen, die i.S. des UWG unlauter sind, sondern auch solche Maßnahmen, die ohne auf eigener Leistung zu beruhen, dem Absatzinteresse des Unternehmens dienen. Entscheidend für das Eingreifen des Bundeskartellamtes ist aber stets die Gefährdung der Marktstruktur. Die Beeinträchtigung braucht allerdings noch nicht eingetreten zu sein. Vielmehr reicht es, daß eine weitere Verschlechterung der Marktstrukturen zu erwarten ist".

2) Vgl. bereits die Untersuchung von 1968, oben S. 181 ff.

3) Vgl. oben S. 244, 255 ff., 269 ff.

4) Vgl. oben S. 178 f. 208.

stützten sich regelmäßig auf die Feststellung "exorbitanter Gewinne"¹⁾. Die einschlägigen Fusionsverfügungen betrafen den Blei-, den Mineralöl- und den Zigarettenmarkt, mithin drei Märkte, die allesamt durch eine weitgehende (technische) Homogenität der Produkte sowie durch eine Preisgleichheit bei mehr oder weniger starker Nicht-Preiskonkurrenz geprägt sind. Selbst wenn man diese "extrem" respektive "klassischen" Konstellationen oligopolistisch strukturierter Märkte berücksichtigt, so konnten die Verfahren doch nur eingeleitet werden dank eines offensiven Interpretationsverständnisses, das auf dem jeweils noch unsicheren Faden des Kartellrechts innovative Wegmarkierungen zu setzen versuchte. Von dieser Intention getragen ist auch die Spezifikation des unbestimmten Rechtsbegriffs "wesentlicher Wettbewerb", wobei die Methoden der Konkretisierung freilich variierten: Zunächst wurde noch vielfach auf national-ökonomische Erkenntnisse zum Oligopolverhalten zurückgegriffen²⁾. Nachdem das KG einen solchen Rekurs mehr oder weniger für unzulässig erklärt hatte³⁾, wurden die für notwendig erachteten "innovatorischen" Akzente im Rahmen der höchstrichterlich dekretierten Gesamtbetrachtungsweise gesetzt. Durchgängig wurde die Notwendigkeit eines funktionsfähigen Preissystems betont, und die Kompensationsmöglichkeit durch nichtpreisliche Parameter wurde jedenfalls in den Fällen verneint, in denen ein "echter" Qualitätswettbewerb im Interesse des Konsumenten nicht festgestellt werden konnte⁴⁾.

1) Vgl. oben S. 213, S. 222, S. 269 ff. So schreibt das Kartellamtsmitglied Niederleithinger, Probleme der Mißbrauchs-aufsicht aus der Sicht des Bundeskartellamtes (S. 72), daß die langfristig erzielten außergewöhnlichen Gewinne von Hoffmann-La Roche eine entscheidende Rolle gespielt hätten; die Gewinnspanne vor Steuern habe für Valium und Librium nicht sehr weit unter 50% gelegen; solche Extremfälle seien aufgegriffen worden.

2) Vgl. oben S. 184 ff.

3) Vgl. oben S. 189 ff.

4) Vgl. oben S. 214 ff, 229 ff.

Letztlich verweist eine solche Interpretationspraxis auf ein kartellamtliches Methodenverständnis, das schlechthin die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe konstituiert. Ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe und Generalklauseln können nicht mit den traditionellen Auslegungsregeln und Subsumtionsschritten spezifiziert werden. Mit generalklauselartigen, normativen Begriffen weist der Gesetzgeber den Rechtsanwendungsorganen vielmehr die Aufgabe zur Rechtsgestaltung zu. Die Ausfüllung von Begriffen ist schwerlich als "Auslegung des Gesetzes" zu deklarieren; realiter handelt es sich um Akte rechtspolitischer Wertung zur Schaffung und Fortbildung der Wirtschaftsordnung. Demgemäß ist auch den Kartellbehörden, die zum Vollzug des GWB berufen sind, vom Gesetzgeber der Auftrag zugewiesen worden, durch Spezifikation der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe aktiv an der Gestaltung der Wettbewerbsordnung mitzuwirken¹⁾.

b) Die "behutsame" Rechtsanwendung des KG

Daß ein solches Selbstverständnis, das in den unbestimmten Rechtsbegriffen des Kartellrechts einen dezidierten Gestaltungsauftrag erblickt mit der Folge einer letztlich "offensiven" Rechtsanwendung, von den Gerichten, insbesondere dem KG

1) Zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des GWB aus der Sicht des Kartellamtes vgl. insb. den aufschlußreichen Beitrag des vormaligen Präsidenten Günther, Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des GWB, S. 123 ff. - Daß dieser originäre Gestaltungsauftrag der seitens des Kartellamtes reklamiert wird, durch die umfassende Überprüfungscompetenz des KG auf faktische Grenzen stößt, ist erstmalig im Zusammenhang mit der Kontroverse um die Mosaiktheorie deutlich geworden (vgl. oben S. 195 ff.). Daher kann nicht überraschen, daß seitens des Kartellamtes immer wieder die Frage zur Diskussion gestellt wird, ob die unbeschränkte Befugnis zur Nachprüfung kartellbehördlicher Entscheidungen mit dem Auftrag des Kartellamtes zur Gestaltung der Wirtschaftsordnung in Einklang zu bringen ist. So fordert Günther (ebenda, S. 125) einmal mehr, daß die gestaltenden Entscheidungen des Kartellamtes einzig auf ihre Vereinbarkeit mit dem durch das geltende Recht gesetzten Rahmen überprüft werden, im übrigen aber dem pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde anheimgestellt sei. Ihr Gestaltungsbeitrag bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe dürfe nicht gegen die rechtspolitischen Vorstellungen des Beschwerdegerichts ausgetauscht werden.

als zentraler Entscheidungsinstant, nicht geteilt wird, wird bereits manifest durch die weitgehende Nullbilanz auf dem vorliegenden Untersuchungsfeld: Lediglich im Fusionsverfahren "Philip Morris/Rothmans" ist das KG der kartellamtlichen Bewertung gefolgt und hat die qualifizierte Marktbeherrschungsvermutung des § 23a Abs. 2 als unwiderlegt angesehen¹⁾. Im Preismißbrauchsverfahren gegen Hoffmann-La Roche wurde die Parameter-Theorie, die für das marktbeherrschende Einzelunternehmen abgelehnt wurde²⁾, für das marktbeherrschende Oligopol bejaht³⁾; das insoweit bemühte Zentralargument eines Schutzes der Marktgegenseite vor überhöhten Preisen wird indes faktisch weitgehend entkräftet, wenn vom Kartellamt zugleich gefordert wird, gegen alle preismißbräuchlich agierenden Oligopolisten gleichzeitig vorzugehen⁴⁾. In allen gerichtsförmig ausgetragenen Verfahren wurden die kartellamtlichen Untersagungsverfügungen aufgehoben.

Die abweichenden Gerichtsentscheidungen sind keine bloßen "Zufallsergebnisse", die mehr oder weniger dem Umstand geschuldet sind, daß man in der Beantwortung normativer Fragen nun einmal unterschiedlicher Ansicht sein kann. Sie gründen vielmehr auf einem durchgängig anderen (restriktiven) Methodenverständnis sowie einer grundsätzlich positiven Einschätzung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf Oligopolmärkten.

Im Gegensatz zum Kartellamt, das sich zunächst eine weitgehende Präzisierung unbestimmter Rechtsbegriffe von den Erkenntnissen der Nationalökonomie versprach⁵⁾ und auch gegenwärtig noch eine Berücksichtigung ökonomischer Erfahrungssätze zwecks wirtschaftswissenschaftlicher Interpretation zahlreicher

1) Vgl. oben S. 282 ff.

2) Vgl. oben S. 234.

3) Vgl. oben S. 237 ff.

4) Vgl. oben S. 239 ff.

5) Vgl. oben S. 184 f.

Kartellrechtsnormen für notwendig erachtet¹⁾, hat sich das KG bezüglich der Verwertbarkeit nationalökonomischer Erkenntnisse eine ausgesprochene Zurückhaltung auferlegt²⁾. Alle Begriffe des GWB, auch soweit sie ökonomischer Provenienz sind (z.B. Markt, Wettbewerb), sind nach Ansicht des KG durch die Kodifizierung zu Rechtsbegriffen geworden; sie können daher nur juristisch interpretiert werden³⁾. Wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse kommen daher nur bei der Tatsachenfeststellung als Entscheidungshilfe in Betracht, um aus einem Geschehensablauf bestimmte Folgerungen oder Rückschlüsse auf ein bestimmtes Verhalten oder Feststellungen tatsächlicher Art im konkreten Fall treffen zu können. Aber auch insoweit wird ihre Verwertbarkeit für sehr begrenzt gehalten, da wirtschaftswissenschaftliche Erfahrungssätze zumeist ungesichert sind und nur selten auszuschließen ist, daß der konkret zu beurteilende Sachverhalt dank einiger Besonderheiten nicht mit dem (abstrakten) Verhal-

- 1) Vgl. insoweit insb. Günther, Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des GWB, S. 123 ff., der die rechtsgestalterische Funktion der Kartellbehörden wie auch die Hilfestellung der Wirtschaftswissenschaften bei der Ausfüllung kartellrechtlicher Normen u.a. am Beispiel der auf homogenen Oligopolmärkten häufig praktizierten Preismeldesysteme (Marktinformationsverfahren) illustriert. Zu dem Ergebnis, daß auch durch Verpflichtungen zum Informationsaustausch die wettbewerbliche Handlungsfreiheit i.S. des § 1 GWB beschränkt werden kann, kommt der vormalige Präsident des Kartellamtes unter Berücksichtigung ökonomischer Erfahrungssätze zum Wettbewerb auf engen Oligopolmärkten mit nahezu homogenen Gütern, bei dem im wesentlichen lediglich die Konditionen und Rabatte eingesetzt werden.
- 2) Vgl. insoweit bereits die ersten Nachweise oben S. 189 f., insb. den Beitrag des Senatspräsidenten Hintze in Fn. 4.
- 3) Vgl. insoweit ergänzend den Beitrag von Hintze, Wie kann die Volkswirtschaftslehre der Rechtsfindung nützlich sein?, S. 187 ff., S. 189 f.

tensmodell übereinstimmt¹⁾. Insgesamt läßt sich das KG bezüglich des Beitrags der positiven Ökonomie bei der tatsächlichen Erfassung der Sachverhalte von der freiheitsverbürgenden, streng rechtsstaatlichen Erwägung leiten: "Solange berechtigte Zweifel im Hinblick auf die Wirklichkeit, d.h. ob ein in Frage stehender Sachverhalt wirklich vorliegt, bestehen oder eine Auslegung eines Gesetzes nicht nachweisbar dem Willen des Gesetzgebers entspricht, sollte das Ziel nach Gerechtigkeit höher gestellt werden als manch andere Erwägung".

Mit der "offensiven" Rechtsanwendung des Kartellamtes kollidiert des weiteren das allgemeine Methodenverständnis der Kartellsenate, die sich angesichts der relativ schmalen Erfahrungsbasis²⁾ sowie im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip zu

- 1) Hintze, ebenda, S. 193. - Der gleiche Grundtenor findet sich bei der Kammergerichtsvorsitzenden Werner, die unter dem Aspekt der Rechtssicherheit zur Frage der Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe ausgeführt (Entwicklung und Schwerpunkte der Rechtsprechung des Kartellsenats des Kammergerichts, S. 25 ff., S. 32): "Ihre Ausfüllung erfordert häufig eine abschätzende Betrachtung, welche Entwicklung der Wettbewerb auf einem bestimmten Markt bei Fehlen oder beim Hinzutreten eines bestimmten Umstandes voraussichtlich nehmen wird. Die Ergebnisse derartiger Überlegungen sind naturgemäß schwer voraussehbar, zumal die Wirtschaftswissenschaft zwar interessante und manchmal hilfreiche Denkmodelle, aber kaum zwingende Erfahrungssätze dazu beisteuern kann". - Auch die Ausführungen des BGH-Richters Offterdinger (Zur Methode der Rechtsfindung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 1 ff.) gehen in die gleiche Richtung, wenn gesagt wird: Die normativen Begriffe des GWB könnten weder mit den deskriptiven Begriffen der Alltagssprache noch mit wirtschaftswissenschaftlichen Begriffen identifiziert werden. Die Gerichtsentscheidungen hätten in einem hohen Maße auf den Einzelfall abzustellen. Vorzubeugen sei der Gefahr, die der Rechtsanwendung aufgegebene Regelbildung vornehmlich mit Hilfe theoretischer Überlegungen oder Modelle über den Ablauf von Wettbewerbsprozessen zu forcieren; entscheidend sei eine sorgfältige Erforschung des Sachverhalts (ebenda, S. 7).
- 2) Gemeint ist die "Traditionslosigkeit" des Kartellrechts in Deutschland sowie der verhältnismäßig geringe Anfall von Kartellrechtsstreitigkeiten vor den Gerichten.

einer besonderen Vorsicht und Behutsamkeit in der Anwendung des Kartellrechts verpflichtet fühlen. Für einen innovativen Purismus i.S. bestimmter wettbewerbstheoretischer oder -politischer Positionen ist kein Raum, ebenso wenig für eine höchstrichterliche Rechtsprechung, welche Entscheidungen nachholt. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind sukzessive durch die Bildung von Regeln, Leitsätzen und Untersätzen, die sich auf typische Tatbestände beziehen, zu konkretisieren und überschaubar zu machen. Sprünge in der Rechtsprechung gilt es auf jeden Fall zu vermeiden; die eigenen Präjudizien zählen allemal mehr als jegliche Theorie in der Rechtswissenschaft¹⁾.

Ein solch' "behutsames" Vorgehen, das sich vornehmlich an den eigenen Kriterien orientiert, ist auch bei der Spezifikation des Begriffs des wesentlichen Wettbewerbs i.S. des § 22 Abs. 2 nachzuzeichnen:

-
- 1) Dieses Rechtsverständnis ist sowohl bei den Richtern des Kartellsenats des BGH wie des KG anzutreffen; vgl. insoweit die allgemeinen methodischen Selbstbekundungen von Werner, Entwicklung und Schwerpunkte der Rechtsprechung des Kartellsenats des Kammergerichts, S. 32 (Zur Frage der Rechtssicherheit), der beiden Präsidenten des Kartellsenats beim BGH Fischer, ZGR 78, S. 235 ff., insb. S. 237 ff., sowie Pfeiffer, Grundfragen der Rechtskontrolle im Kartellverfahren, der die zurückhaltende Interpretationspraxis wie folgt umschreibt: "Wer auf einem so ungesicherten Boden wie dem Kartellrecht berufen ist, verbindliche Wegmarkierungen zu setzen, wird neue Wege erst beschreiten wollen, wenn er eine Untiefe voll ausgeleuchtet und das andere Ufer fest im Blick hat. In der Zwischenzeit sollte er sich schon im Interesse der Rechtssicherheit an die bisher gesetzten Wegezeichen halten. Anders als die folgenlose literarische Meinungsäußerung könnte nämlich eine allzu forsche höchstrichterliche Neulanderobierung ganze Wirtschaftsbereiche, mindestens aber etliche Unternehmen mit zahlreichen Arbeitsplätzen und verzweigten wirtschaftlichen Verflechtungen in große Schwierigkeiten bringen" (ebenda, S. 8). Den gleichen Methodengeist atmen die Beiträge des BGH-Richters Offerdinger, Zur Methode der Rechtsfindung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 1 ff., sowie der Diskussionsbeitrag des Vorsitzenden des Düsseldorf Kartellsenats Keilholz, Zur Rechtsfindung im Kartellrecht aus der Sicht des Richters der Tatsacheninstanz, S. 9 ff.

Zeitlich am Anfang der Konkretisierungsbemühungen stehen die Mosaiktheorie in den Fensterglasbeschlüssen¹⁾ sowie die Äußerungen des KG-Senats in den Preisbindungsentscheidungen²⁾. Die dortige Einschätzung und Begriffsumschreibung der Funktionsfähigkeit des oligopolistischen Wettbewerbs war zwar ursprünglich nur für die unmittelbar einschlägigen §§ 2, 12 und § 16 a.F. gedacht, nicht für die "ganz andersartige Bestimmung" des § 22 Abs. 2³⁾. Gleichwohl greift das KG in seiner Fusionsentscheidung "Blei- und Silberhütte Braubach" die Formel von dem Gesamtbild hochgradiger Erstarrung der wettbewerblichen Antriebskräfte, wie sie vom BGH insbesondere im Fensterglasbeschluß VI kreiert worden war, auf⁴⁾.

Kontinuität verrät diese Entscheidung auch in einem weiteren Punkt: Daß die Preisgleichheit bei homogenen Massengütern nicht notwendig fehlenden Wettbewerb indiziert, wurde vom KG - mehr oder weniger beiläufig - bereits im sog. BP-Beschluß von 1974⁵⁾ angenommen. Unter Bezugnahme auf ein zwischenzeitlich erschienenenes Gutachten, das im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums erstellt, mithin offiziell gutgeheißen worden war, wurde diese Ansicht nunmehr doch dahingehend positiv akzentuiert, daß Markttransparenz und fehlende Nachfragepräferenzen die Funktionsfähigkeit eines solchen Marktes regelmäßig begünstigen⁶⁾.

Nicht zuletzt bewegt sich das KG auch in der Texaco-Zerissen-Entscheidung weitgehend auf selbst bzw. vom BGH gegebenen Definitionspfaden. Daß das Fehlen wesentlicher Aktionsparameter nicht notwendig funktionsunfähigen Wettbewerb indi-

1) Vgl. oben S. 192 ff.

2) Vgl. oben S. 86.

3) So die Vorsitzende des KG Werner, Entwicklung und Schwerpunkte der Rechtsprechung des Kartellsenats des Kammergerichts, S. 25 f.

4) Vgl. oben S. 265.

5) Vgl. oben S. 212.

6) Vgl. oben S. 264.

ziert, war in der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgrund der erforderlichen Gesamtbetrachtungsweise hinlänglich anerkannt, so daß nur noch der kleine Schritt zu tun war, bezüglich der Intensität des Wettbewerbs keine höheren Anforderungen zu stellen¹⁾. Auch bezüglich der angenommenen Irrelevanz einer Preisgleichheit bei homogenen Massengütern konnte sich das Gericht weitgehend auf Leitsätze berufen, wie sie in früheren Entscheidungen entwickelt worden waren²⁾.

Eine Auslegungsmethode, die sich bei der Präzisierung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie der konkreten Subsumtion mit Rücksicht auf die verschiedenen Elemente des Rechtsstaatsprinzips (Prärogative des Gesetzgebers, Rechtssicherheit, Vertrauensschutz etc.) grundsätzlich Zurückhaltung auferlegt, kann im Detail unterschiedliche Intensitätsstufen aufweisen. In welchem starkem Maße sich just das KG subcutan von einem solch' strengen rechtsstaatlichen Methodenverständnis leiten läßt, zeigen die nicht wenigen, freilich folgenlos gebliebenen Monita des BGH:

Nach Ansicht des KG sollte wesentlicher Wettbewerb nur beim bewußten Verzicht (willkürliches Verhalten) der beteiligten Unternehmen auf den Einsatz bestimmter Aktionsparameter angenommen werden können³⁾.

Des weiteren sollte der Schluß auf fehlenden Wettbewerb erst dann zulässig sein, wenn die Marktstrukturdaten die Unternehmen zur Unterlassung kompetitiver Maßnahmen zwingen würden⁴⁾.

Schließlich hat das KG die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal des § 22 Abs. 2 recht niedrig angesetzt, indem es marginale Wettbewerbsaktivitäten (temporäre und lokale Preis-

1) Vgl. oben S. 274.

2) Vgl. oben S. 276 ff.; ergänzend WuW/E OLG 2670 f.

3) Vgl. oben S. 263 sowie die Kritik des BGH S. 250; vgl. ferner die Kritik von Mestmäcker in FN 1 auf S. 247 sowie die Kritik der Monopolkommission in FN 1 auf S. 250.

4) Vgl. oben S. 272 f. sowie die Kritik des BGH oben S. 281.

maßnahmen, Markttransparenz für Verbraucher usw.) als wesentlichen Preiswettbewerb qualifizierte¹⁾.

Diese augenfällige positive Grundeinstellung, welche die Grenzen der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf Oligopolmärkten - implizit geleitet von einem strengen rechtsstaatlich orientierten und damit die Unternehmensfreiheit respektierenden allgemeinen Methodenverständnis²⁾ weit steckt, ist beim KG bereits von Anfang an auszumachen³⁾. Angesichts der zentralen Entscheidungskompetenz des Gerichts kann daher die These formu-

1) Vgl. oben S. 278 sowie BGH oben S. 281.

2) Liest man den Methodenbeitrag des Richters Hintze (Wie kann die Volkswirtschaftslehre der Rechtsfindung nützlich sein?), so mag es den Anschein haben, als würde das KG bei der Ermittlung der Tragweite einer Vorschrift streng den vier klassischen Auslegungsmethoden der grammatischen, historischen, systematisch-logischen sowie teleologischen Interpretation folgen (ebenda, S. 189). Im Methodenbeitrag von Werner (Entwicklung und Schwerpunkte der Rechtsprechung des Kartellsenats des Kammergerichts) werden die überkommenen Auslegungstopoi hingegen nicht in Bezug genommen; im Hinblick auf die Generalklauseln wird lediglich allgemein eine sukzessive Konkretisierung für erforderlich gehalten (ebenda, S. 32). Offen und ehrlich räumt der jetzige Präsident des BGH und Vorsitzende des Kartellsenats Pfeiffer in seinem Beitrag "Grundfragen der Rechtskontrolle im Kartellverfahren" ein, daß es keine Methodik der Kartellrechtsauslegung gibt. Die Widersprüche und ungelösten Probleme der überkommenen Methodik träten im Kartellrecht besonders deutlich zu Tage. Die Vorstellung vom Richter als Mund des Gesetzes, das die Justiz restlos vorprogrammiere, sei immer eine Fiktion gewesen. In der Rechtsfindung ginge es niemals um Identitätsurteile, sondern um Ähnlichkeitsurteile, denen ein Werturteil zugrunde liege. Das ständige Bemühen der Kartellgerichte müssen dahin gehen, unbestimmte Rechtsbegriffe durch Bildung von Fallgruppen zu konkretisieren. Wenn es überhaupt Sinn habe, von einer eigenen Auslegungsmethodik des Kartellrechts zu sprechen, dann ergebe sich diese aus der Maßgeblichkeit strafrechtlicher Auslegungsgrundsätze für das Bußgeldverfahren (ebenda, S. 8 ff.). Unabhängig von dieser Besonderheit atmet der ganze Beitrag von Pfeiffer den Geist der Rechtsstaatlichkeit der kartellrechtliche Eingriffe in die Dispositionsautonomie der Unternehmen im Zweifel für unzulässig erklärt. (vgl. insb. S. 5 f.). Zu den rechtsstaatlich orientierten Auslegungsmethoden des BGH vgl. ferner den Überblick bei Rittner, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, S. 112 ff.

3) Vgl. oben S. 188.

liert werden, daß die "offensive" Interpretationsstrategie des Bundeskartellamtes, die unter anderem in der Heraushebung des Stellenwertes des Preisparameters für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ihren Niederschlag fand, von Anfang an zum Scheitern verurteilt war.

III. Ausblick

Die gesamtwirtschaftliche Lage in der Bundesrepublik wird seit geraumer Zeit wesentlich gekennzeichnet durch eine erheblich Arbeitslosigkeit, stagnierende Märkte sowie einen beschleunigten Strukturwandel. Angesichts dieses Krisen-Szenarios ist nach weithin konsentierter Meinung vornehmlich dafür Sorge zu tragen, daß die Rahmenbedingungen für die Erschließung neuer Märkte und für Investitionen zur Erneuerung und Anpassung des Produktionsapparates verbessert werden. Marktinterventionen erscheinen wirtschaftspolitisch grundsätzlich als desplaziert; der Abbau von Investitionshemmnissen im administrativen Bereich und eine Reduktion des staatlichen Interventionsarsenals auf das unbedingt Notwendige werden allgemein als die aktuellen Herausforderungen der Wirtschaftspolitik begriffen.

In einer Zeit, da mehr oder weniger "radikal" auf die Selbstheilungskräfte des Marktes gesetzt wird und die Steigerung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zur vorrangigen Programmatik avanciert ist, gerät auch die überkommene Wettbewerbspolitik ins Kreuzfeuer der Kritik. Es mehren sich die Stimmen, die - zumeist unter Hinweis auf die deregulierenden Fusionsrichtlinien der Antitrust-Politik der Reagan-Administration¹⁾ - der deutschen Fusions-Praxis vorhal-

1) Danach werden vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nur noch auf negative horizontale Effekte hin überprüft. Konglomerate Wettbewerbsbeschränkungen sind entsprechend der Devise "Bigness is no badness" kontrollfrei; der Markt soll entscheiden, wo unternehmensgebundene Ressourcen den größten Nutzen bringen; die Größe eines Unternehmens indiziert seine Leistungsfähigkeit. Vgl. zur Neufassung der Merger Guidelines vom 14.6.1982 die Übersetzung von Klaua in BB Beilage 11/1982; dazu Hölzler, WuW 1982, S. 764 ff.

ten, die Effizienzmindernug durch interventionistische Eingriffe zur Erhaltung der Marktstruktur nicht zu erkennen¹⁾. Im vergangenen Jahrzehnt sei eine "Sozialpolitik der Strukturhaltung" (zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmen sowie zu Lasten der Großunternehmen) betrieben worden, die über das wettbewerbspolitisch Notwendige weit hinaus gegangen sei und sowohl dem Wettbewerb wie auch vor allem der Leistungsfähigkeit der Wirtschaft abträglich gewesen sei²⁾. Mit der Zielverschiebung durch die Definition der überragenden Marktstellung in der 2. Novelle von 1973, so einer der zahlreichen Detailvorwürfe, habe eine wettbewerbspolitische "aberratio" in die Fusionspraxis Einzug gehalten, die glaube, den Verbraucher vor einer erhöhten Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen schützen zu müssen³⁾. Das Vorliegen von Marktmacht werde selbst bei anhalten- den Verlustpreisen bejaht⁴⁾. Angesichts der gegenwärtig niedrigen Preissteigerungsraten und insbesondere des zu geringen Renditenniveaus der Unternehmen habe sich die Mißbrauchsaufsicht gemäß § 22 eher der Problematik zu niedriger denn zu hoher Preise anzunehmen, indem der planmäßige, aggressive Unterkosten-Verkauf auch dann als unlauter zu deklarieren sei, wenn er nicht von der Intention einer konkreten Vernichtungsabsicht bestimmter Konkurrenten getragen sei⁵⁾. Nicht zuletzt wird eine Disqualifizierung der Werbung für deplaziert gehalten.

1) So beispielsweise Harms, Fehlentwicklungen der Wettbewerbspolitik gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen, S. 95 ff. (102); auf diesen Beitrag wird im folgenden (selektiv) Bezug genommen, weil er recht unverblümt die "restriktive" Wettbewerbspraxis ins Visier nimmt.

2) Zu den Beispielen verfehlter Eingriffe in den Marktprozeß vgl. ebenda, S. 105 ff.

3) Vgl. Harms, ebenda, S. 114 f.

4) Ebenda, S. 119; die Kritik ist adressiert an das Kartellamt sowie die Monopolkommission in Sachen Texaco-Zerissen. Harms vermißt eine plausible Antwort auf die Frage, warum die Manager der Mineralölunternehmen einen überragenden Verhaltensspielraum bei jährlichen Verlusten von zwei bis vier Milliarden DM haben; zur Kritik an der kartellamtlichen Behandlung der Fälle Texaco und Mobil Oil vgl. ferner ebenda, S. 116.

5) Ebenda, S. 127.

ten; denn angesichts unausgelasteter Kapazitäten und hinreichender Kaufkraft leide die Wirtschaft an unzureichender (stimulierender) Werbung, die mitverantwortlich zeichne für die Arbeitslosigkeit¹⁾.

Der gleiche Grundtenor durchzieht, wie unschwer zu erkennen ist, die Theorie der Wettbewerbsfreiheit (Hoppman, v. Hayek) sowie die "Theorie" der Realität des Wirtschaftslebens (Knöpfle)²⁾.

Angesichts eines solchermaßen wissenschaftlich reflektierten Zeitgeistes, der zugleich die Stimmen nach einer verfassungsrechtlichen Durchdringung des GWB laut werden läßt³⁾, steht selbst einer so "moderaten" und ausdifferenzierten Konzeption wie der Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen der Wind ins Gesicht. Wenn weithin auf die allokativen Leistungsfähigkeit des Marktes gesetzt wird, dann muß eine Theorie, die - unter Abstraktion von ökonomischen Effizienzvorstellungen - ausschließlich auf den Schutz von Handlungsfreiheiten der Marktteilnehmer zielt, in einen Legitimationszwang geraten; dies umso mehr, da offen konzediert wird, daß das zentrale Erkenntnisdilemma darin besteht, zwischen wettbewerblichen und nicht-

1) Ebenda, S. 125.

2) Harms nimmt in seinem Beitrag auf diese Autoren, insbesondere auf Hoppmann mehrfach Bezug.

3) Vgl. Meier, WuW 1983, S. 275 ff.

wettbewerblichen Marktprozessen zu unterscheiden¹⁾.

Die These von der Prärogative des Preiswettbewerbs hat in ihrer ideal-typischen (ordoliberalen) Ausprägung in der Wirklichkeit niemals eine zentrale Rolle gespielt. In abgeschwächter Form wurde sie zwar in den vergangenen Jahren mehrfach vom Bundeskartellamt im Rahmen von Preiskontroll- und Fusionsverfahren bemüht, um das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu begründen. Insbesondere mit Rücksicht auf das restriktive Vorverständnis des KG als zentraler Entscheidungsinstanz hatte eine Favorisierung des Preises indes niemals eine reale Durchsetzungschance. Abgesehen von dem Sonderfall eines Preismißbrauchsverfahrens gegen Oligopolisten hat die Judikatur und vorherrschende Literatur es immer abgelehnt, dem Preisparameter eine herausgehobene Stellung einzuräumen. Diese Einstellung wird sich auch zukünftig kaum ändern. Nichts

- 1) Am Beispiel demonstriert: Möschel (Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 459) räumt ein, daß eine hoheitliche Fusionskontrolle unvermeidlich auch falsche Entscheidungen in dem Sinne hervorbringt, daß diese den Wettbewerb eher behindern als ihn befördern. Gleichwohl sieht er keine Veranlassung, von der wettbewerblich motivierten Skepsis gegenüber Unternehmenszusammenschlüssen Abschied zu nehmen, da den betroffenen Unternehmen immer noch der Weg des internen Unternehmenswachstums offenstehe. Ein solches Argument vermag einen "konsequenten" Marktwirtschaftler nicht zu überzeugen; für ihn "gilt es zu akzeptieren, daß Konzentration ein legitimes Kind des Wettbewerbs ist" (Harms, Fehlentwicklungen der Wettbewerbspolitik, S. 108). - Des weiteren kann sich nach Möschel eine Wettbewerbspolitik nicht an der These von der technologischen und innovatorischen Überlegenheit von Großunternehmen orientieren, da sie zu viele Spekulationselemente enthielte. Zudem sei den ökonomischen Zielvorstellungen ein umso geringeres Gewicht beizumessen, je stärker der Gesetzgeber sich an einem Schutz wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten und damit (!) an einer Vielzahl voneinander unabhängiger Entscheidungsträger orientiert habe (vgl. ebenda, S. 455). Auch hier fällt die rein marktwirtschaftlich orientierte Replik nicht schwer: Eine Vielzahl voneinander unabhängiger Entscheidungsträger ist vom GWB nicht vorgegeben; wer sie wünscht, favorisiert letztlich eine Mittelstandsgesellschaft von Kleinunternehmen, die international nicht wettbewerbsfähig sind.

spricht für einen "Gesinnungswandel" der auf Kontinuität bedachten, an den eigenen Präjudizien sich orientierenden Rechtsprechung. Zudem haben die aktuellen wirtschaftlichen Daten und Krisensymptome (geringe Preissteigerungsraten, stagnierende Märkte etc.) die Forderung nach freier Entfaltung der unternehmerischen Leistungskraft an die erste Stelle der wirtschaftspolitischen Tagesordnung gerückt. Wettbewerbspolitisch und -rechtlich ist darin eingeschlossen ein tendenzieller Abschied vom Postulat eines Vorrangs einer Anti-Konzentrations-Politik sowie von der Kategorie der ökonomischen Macht, jedenfalls in der Version, daß diese sich entscheidend durch den Preisparameter konstituiert.

Lebenslauf

Am 9.8.1951 wurde ich als Sohn des Kaufmanns August Leuer und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Risau, in Münster geboren.

Von 1958 bis 1962 besuchte ich die Volksschule in Münster. Im Jahre 1962 wechselte ich auf das Ratsgymnasium in Münster. Dort bestand ich am 20.6.1970 die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1971 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Zwei Semester studierte ich an der Freien Universität Berlin. Am 23.5.1978 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Am 10.8.1978 heiratete ich die Realschullehrerin Rita Leuer, geb. Böckenholt.

Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 30.4.1981 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab.

In der Zeit von Mai 1981 bis April 1984 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster tätig.

Im Juli 1981 wurde ich als Rechtsanwalt beim Landgericht Münster zugelassen. Die Tätigkeit als Anwalt übte ich zunächst nur halbtags aus. Seit Februar 1984 bin ich in diesem Beruf ganztags tätig.

